جامعة القاهرة
كلية الحقوق

مقالات وابحاث

الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى

(١)

عدد خاص

مجلة القانون والاقتصاد

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

مجموعة مقالات وابحاث
الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى

جمع وتقديم
الدكتورة نادية عبد الرزاق السنهورى
والدكتور توفيق محمد الشاوى

بتكليف من كلية الحقوق بجامعة القاهرة
بمناسبة الاحتفالات بمرور مائة سنة على مولده

الجزء الأول
١٩٩٢

مطبعة جامعة القاهرة
١٩٩٢

تقدير ووفــاء

فى عام ١٩٨٨ - نشرت الهيئة العامة للكتاب فى مصر ترجمة عربية لرسالة « الخلافة » التى أعدها والدى فى جامعة ليون عام ١٩٢٦ والتى ساهمت فى اعدادها مع زوجى الأستاذ الدكتور توفيق الشاوى - ولذلك اتصل بى كثيرون من زملاء والدى وتلاميذه ليوكدوا استعدادهم للمشاركة فى أى مبادرة لأحياء ذكراه - واقترح بعضهم انشاء لجنة أو هيئة لهذا الغرض.

وكانت كلية الحقوق بجامعة القاهرة سباقة إلى تحقيق هذا الغرض بأن دعت الى ندوة فى مارس ١٩٨٩ لاحياء ذكرى السنهورى بمناسبة مرور خمسين عاما على صدور القانون المدنى الذى تولى اعداده واعتبره اكبر انجازاته فى ميدان التشريع والتقنين، واسفرت هذه الندوة عن قرار باصدار مجموعة مقالات وأبحاث قانونية تكريما لهذه الذكرى - وبفضل مجهود عميد الكلية الاستاذ الدكتور نعمان جمعة والاستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة رئيس اللجنة المشرفة على المجموعة تم نشرها فى شهر نوفمبر عام ١٩٩٠.

وقد رات اللجنة اعداد برنامج لاحياء الذكرى المئوية لمولد السنهورى التى تحل فى عام ١٩٩٥ وان تكون أول خطوة فى هذه الاحتفالات جمع المقالات والابحاث المتنوعة التى نشرها السنهورى فى مجلات أو مطبوعات متفرقة - حتى تكون الى جانب كتبه وأوراقه الشخصية صورة كاملة لاعماله العلمية وآرائه وأفكاره. وشرفتنى بجميع هذه المقالات.

واعترافا بالفضل أود أن اسجل ان الذى مكننى من اتمام هذا العمل هو ماقدمه لى كثير من تلاميذ والدى وزملائه من معونة وأخص بالذكر الاستاذ الكبير ضياء الدين شيت خطاب الذى سارع بامدادى بكل ما لديه من نسخ أبحاث السنهورى التى نشرت فى بغداد - بل وكثير مما نشر فى مصر فى مجلات توقفت عن الصدور منذ مدة طويلة.

إلى هؤلاء جميعا اتقدم بجزيل الشكر ، وارجو ان اكون قد قمت ببعض واجبى ازائهم وازاء العلم والفكر الذى يجمعنا ويجعل ذكرى السنهورى رابطة وثيقة يجتمع عليها الباحثون فى مجال القانون والفكر والثقافة اجيالا طويلة ان شاء الله .

دكتورة / نادية عبد الرزاق السنهورى
جامعة عين شمس

كلمة نعمان جمعة

عميد حقوق القاهرة

إنه لمصدر فخر وسعادة بالغة أن يكون لى شرف المشاركة فى إخراج هذا العمل الكبير إلى دائرة النور. فهذه هى كل اوجل مقالات وابحاث العلامة الجليل عبد الرزاق السنهورى، التى كتبها منذ فجر شبابه فى نهاية العشرينات حتى صعدت روحه الغالية إلى بارئها.

والفضل الأول فى جمع هذه الأبحاث يرجع إلى السيدة الفاضلة نادية عبد الرزاق السنهورى كريمة عميد فقهاء القانون فى العالم العربى، ويرجع كذلك إلى قرينها وأستاذى المبجل الدكتور توفيق الشاوى أستاذ القانون الجنائى السابق بحقوق القاهرة، وكذلك أستاذى العظيم الدكتور عبد المنعم فرج الصدة الذى أشرف على تجميع المقالات وطبعها. وأذكر كذلك جهد زميلَى الفاضلين الدكتور سعيد جبر والدكتور جابر المحجوب. فقد تابعا تجميع المقالات وراجعا «البروفات» قبل طبعها.

والحقيقة أن هذه الأبحاث والمقالات تمثل جهداً رائعا وثروة فقهية وفلسفية ثمينة ونادرة. فقد أحاط الفقيد العظيم بالعديد من الأنظمة وبالكثير من فروع القانون. فتكاملت الصورة فى ذهنه، فأبدع حين كتب وأتقن حين شرح وتجلى حين تفلسف وأصّل.

لقد عاش الفقه المصرى الحديث فى رحاب وفى كنف وبين أحضان السنهورى وأعماله. فلا يستغنى عنها فقيه ولا باحث ولا طالب علم ولا مشرع ولا قاضى.

رحم الله الفقيد وجزاه خيراً بما قدم لأمته العربية من فضل وعلم وعطاء.

نعمـــان جمعــه

فهرست

مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهورى

١ الدين والدولة فى الاسلام .

مقال بالعدد الأول من مجلة المحاماة الشرعية ـ السنة الأولى ـ ١٩٢٩ م .

لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرازق بك السنهورى .

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية .

٢ «تطور لائحة المحاكم الشرعية»

مقال بمجلة المحاماة الشرعية العدد الثانى ١٩٢٩ م . ص ٧٤ ـ ٧٦ .

٣ تقرير عن المؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى .

فى اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢ م . ترجمة وتلخيص له نشرتها مجلة القضاء العراقية للأستاذ عبده حسن الزيات .

٤ الامبراطورية العربية التى نبشر بها .

بيان للدكتور السنهورى .

نشر فى مجلة الرابطة العربية التى كانت تصدر فى القاهرة .

العدد ١٢ ـ السنة الأولى ـ ١٥ اغسطس ١٩٣٦ م .

٥ « نبى المسلمين والعرب » .

مقال فى مجلة الذكرى (التى كانت تصدرها جمعية الهداية العراقية) . نشر فى عددها الصادر فى عام ١٩٣٦ .

بمناسبة المولد النبوى الشريف .

٦ «وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى» وعلى أى اساس يكون هذا التنقيح .

مناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية .

لحضرة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى .

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق .

بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد ـ السنة السادسة ـ العدد الأول ـ من صفحة ٣ إلى صفحة ١٤٢ .

٧ **مشروع تنقيح القانون المدني المصري**

لحضرة صاحب العزة الدكتور عبد الرزاق السنهوري بك

محاضرة القيت بالجمعية الجغرافية الملكية في ٢٤ ابريل ١٩٤٢ م

نشرت بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية عشرة - من ص ٥٥٠ الى ٥٧٠

٨ **واجبنا القانوني بعد المعاهدة**

محاضرة القيت في تاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٣٦ م

للدكتور عبد الرزاق السنهوري بك - عميد كلية الحقوق

٩ **مقدمة كتاب الامتيازات الاجنبية**

بحث تحليلي في المعاهدات البريطانية بشأن الامتيازات الاجنبية

نشرته لجنة التأليف والترجمة والنشر في عام ١٩٣٦ م

١٠ **تقديم مجلة القضاء العراقية في عهدها الجديد**

بقلم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري - مدير المجلة وعميد كلية الحقوق ببغداد وقرار من لجنة القانون المدني بأن يعهد باعداد مشروع القانون المدني العراقي للأستاذ السنهوري وصورة الخطاب الذي رفعه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عميد كلية الحقوق ببغداد في ١٥ حزيران ١٩٣٦ الى فخامة [illegible] بتحضير القانون المدني العراقي

١١ **من مجلة الاحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي**

حركة التقنين المدني في العصور الحديثة

للأستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري عميد كلية الحقوق ببغداد نشر في بغداد سنة ١٩٣٦ م

١٢ **التعاون الثقافي والتشريعي مابين الدول العربية**

نص محاضرة القاها صاحب المعالي الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري باشا وزير الدولة ورئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية بدعوة من الجمعية المصرية للقانون الدولي وقد القيت في المؤتمر الثاني للجمعية بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٤٦ م

١٣ **تقديم العدد الأول من مجلة مجلس الدولة المصرى ى**
أول يناير ١٩٥٠م ص ١ - ص ٣٢ من هذا العدد . مع
تحية ومقدمة للمرحوم عبد العزيز فهمى باشا .

١٤ **مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية**
بحث بمجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢م بقلم
الدكتور السنهورى رئيس مجلس الدولة .

١٥ **تصدير الترجمة العربية لكتاب تايخ النظريات السياسية .**
ترجمة الأستاذ حسن جلال العروسى وقدم له عثمان خليل عثمان -
١٩٥٣

١٦ **القانون المدنى العربى**
للعلامة الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى بحث نشر بمجموعة
بحوث الادارة الثقافية بجامعة الدول العربية سنة ١٩٥٣ من ص
٧ - ٣٣ واعيد نشرها بمجلة القضاء العراقية ببغداد سنة ١٩٦٢ .

الدين والدولة فى الاسلام(*)

لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهورى

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية

الاسلام دين ودولة . السلطات العامة فى الدولة الاسلامية . ملخص تاريخ هذه السلطات بمصر

اولا : الاسلام دين ودولة :

١ ـ يمتاز الاسلام بأنه : دين ودولة . وقد أرسل النبى ﷺ لا لتأسيس دين فحسب بل لبناء قواعد دولة تتناول شؤون الدنيا ، فهو بهذا الاعتبار مؤسس الحكومة الاسلامية كما أنه نبى المسلمين . وهو بصفة كونه مؤسس حكومة ، كانت له الولاية على كل من كان خاضعاً لهذه الحكومة ، سواء كان مسلماً أو غير مسلم وبوصف كونه نبياً لم يكن يطلب من غير المسلمين من الذين تركهم على دينهم الاعتراف بنبوته ، ولو أن دعوته عامة شاملة لجميع البشر .

من هنا وجب التمييز بين الدين الاسلامى والدولة الاسلامية ، وان كان الاسلام يجمع الشيئين . وفائدة هذا التمييز فى أن مسائل الدين تدرس بروح غير التى تدرس بها مسائل الدولة ، فالدين ينظر إلى العلاقة بين العبد وخالقه ، وهذه لا تتغير ولا يجب أن تتغير ، فالخالق سبحانه وتعالى ابدي أزلي لا يجوز عليه التغيير ولا التبديل ، فالعلاقة بينه وبين العبد ثابتة لاتتطور .

(*) مقال بالعدد الأول من مجلة المحاماة الشرعية ـ السنة الأولى ١٩٢٩

اما مسائل الدولة فالنظر فيها يكون نظر مصلحة وتدبير . ولها على ما ارى خاصيتان

(الأولى) انها خاضعة لحكم عقولنا . وقد وهبنا الله تلك العقول لنميز بين الحسن والقبيح . فالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل . وتبنى على المصلحة . والعقل هو الذى يهدينا إلى المصلحة . ونحن نبنى عليه ما نسميه علما . لأن العلم اجتماعياً كان او طبيعياً لا يدرك إلا بالعقل . فهو الأساس .

ولقد كان النبى ﷺ يستشير فى تدبير الشئون الدنيوية . ذلك لان تدبير هذه الشئون مبنى على العقل كما تقدم . والنبى ﷺ كان بشراً مثلنا . فاحتاج إلى المشورة . فيما يكون أساسه العقل . ولذلك نزلت الآية الكريمة «وشاورهم فى الأمر» .

والسيرة النبويةالشريفة تضمنت كثيراً من الأخبار التى تثبت أن النبى ﷺ كان يستشير كبار الصحابة . كأبى بكر ، وعمر ، وغيرهما . استشار ﷺ بعد غزوة بدر فيما يفعل بالأسرى من قريش . واستعان برأى زعيمي الأنصار فى غزوة الخندق . لما أراد أن يفرق بين قريش والأعراب . فعدل عن رايه بعد الاستشارة واخذ برأى الزعيمين . ويوجد غير ذلك أمثلة كثيرة مذكورة فى الطبرى وابن الأثير . وغيرهما من كتب التاريخ الاسلامى .

(الثانية) ان الأحكام فى مسائل الدولة : تتطور مع الزمان والمكان . فهى تابعة للتطور الاجتماعى الذى يهدينا إليه العلم . وقد سبق أن هذه الأحكام خاضعة للعلم المبنى على العقل : فهى تابعة بالضرورة لما يكشفه العلم الاجتماعى من قوانين التطور .

الأحكام الدنيوية تتطور . وقد تطورت بالفعل فى عهد النبى ﷺ ، وما نظرية الناسخ والمنسوخ فى القرآن الكريم . والتحريم التدريجى لبعض الأشياء كالخمر . واختلاف المذاهب الفقهية . واختلاف أئمة كل مذهب : إلا اثرا من أثار هذا التطور الذى اقتضته المصلحة العامة . والظروف . وانى اذكر على سبيل التمثيل حادثة تشريعية واحدة يرى فيها كيف تطورت الأحكام تبعاً للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية . وقد اخترتها من الحوادث التى وقعت فى عهد النبى ﷺ لتكون أبلغ فى التدليل .

نعرف ان النبى ﷺ لما هاجر إلى المدينة، كان معه عدد من المهاجرين، وجدوا أنفسهم فى مدينة غريبة دون مأوى ودون مرتزق. فشرع النبى ﷺ نظراً لهذه الظروف الاقتصادية الاستثنائية - سنة المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار، فكان لكل مهاجر أخ من الأنصار يشترك معه فى ماله، وفى بيته. وكان لهذه المؤاخاة من الأثر القانونى مايجعل الأخوين يتوارثان - نظام الأخوة هذا يشبه من بعض الوجوه نظام التبنى فى بعض الشرائع الأجنبية واستمر العمل به مدة من الزمن حتى أيسر المهاجرون بما غنموه فى غزوة بدر. فتغيرت الظروف التى اقتضت التشريع الاول. ولذلك تطور التشريع نفسه وأبطل النبى ﷺ سنة المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار. واستقل كل بماله فانظر كيف يتطور التشريع من عمل إلى ابطال، ومن خلق نسب قانونى إلى الرجوع إلى النسب الطبيعى وذلك تمشيا مع التطور الاقتصادى، وتبعا لما تقضيه الظروف والمناسبات، وتلمسا للمصلحة فى النظم التى تقرر.

٢ - إذا تقرر أن الاسلام دين ودولة، فالقول مع بعض الكتاب[١] بأن رسالة النبى ﷺ قاصرة على أمور الدين فقط، وان شئون الدنيا ليست مندرجة فى تلك الرسالة؛ وان محمداً ﷺ كان نبيا لاملكا. القول بهذا تأويل غير صحيح للرسالة المحمدية، وإنكار دون دليل للحقائق التاريخية الثابتة. ولئن صح ان النبى ﷺ كان فى مكة نبيا فحسب، فلقد كان فى المدينة زعيم أمة ومنشىء دولة، ولا ضير أن نقول انه كان ملكا إذ أريد بهذه اللفظة انه كان رأس الحكومة الاسلامية، ووليا على المسلمين فى أمور دنياهم، كما كان الهادى لهم فى شئون دينهم. ولقد كان عليه الصلاة والسلام يجعل لأوامره ونواهيه - وهى لاشك من عند الله - جزاء يصيب الناس فى انفسهم وأموالهم فى هذه الدنيا، ولم يقتصر على مجرد الوعد والوعيد بالثواب والعقاب فى الحياة الأخرى.

٣ - تبين إذا أن الدين والدولة فى الاسلام شيئان مجتمعان. وان التمييز بينهما مع ذلك له أهمية كبرى. وإذا اقتصرنا - نحن المشتغلين

---

(١) واضح أثر نحسد الشيخ على عبد الرازق فى كتبه الاسلام واصول الحكم وقد أفاض فى هذه النقطة فى كتابه الخلافة - يراجع الأصل الفرنسى من ١٤ ص ٣٧ وما بعدها والترجمة العربية ص ٩٦ وما بعدها

بالقانون ـ على الفقه ، وجدنا أن الفقهاء ادركوا ضرورة هذا التمييز ، فوضعوا ابوابا للعبادات ، وابوبا للمعاملات ، وبذلك فرقوا بين المسائل الدينية ، وبين القانون بمعناه الحديث . لذلك يجب أن نقتصر من الفقه فى ابحاثنا على ابواب المعاملات فهذه هى الدائرة القانونية ... وإذا أردنا إلا ان نبقى الشريعة على معناها المصطلح عليه من قديم من أنها تشمل العبادات والمعاملات ، فلنخلق اصطلاحا آخر يدل على ما اردناه ولنسم ابواب الفقه الخاصة بالمعاملات «بالقانون الاسلامى» ولندخل ضمن هذا القانون إلى جنب هذا الجزء من علم الفقه : علم أصول الفقه ، وهو يبين لنا مصادر القانون وكيفية استنباط الأحكام من تلك المصادر ، ولندخل ايضا فى القانون الاسلامى جزءاً من علم الكلام هو المتعلق بمباحث الامامة فان هذا أساس : القانون العام . ولنقسم القانون الاسلامى بهذا التحديد تقسيما إلى قانون خاص ، وقانون عام . فالقانون الخاص يشمل القواعد التى تضبط علاقات الأفراد بعضها بالبعض الآخر . فأبواب المعاملات ، والأحوال الشخصية تدخل فى القانون الخاص . والقانون العام يشمل القواعد التى تسرى على السلطات العامة ، وعلاقة هذه السلطات بالأفراد . وإذا أردنا أن نحدد فى كل قسم فروعه سهل علينا دون كبير مشقة أن نجد فى القانون الاسلامى الخاص : قانونا مدنيا ، وقانون مرافعات ، وأساسا لقانون تجارى . أو نجد فى القانون الاسلامى العام : قانونا دستوريا ، وقانونا اداريا ، وقانونا جنائيا . ولأمكن أن نكشف أصولا نبنى عليها : قانوناً دوليا عاما ، وقانونا دوليا خاصا .

واهمية تقسيم القانون الاسلامى هذا التقسيم الحديث : أن ذلك يرتب ابواب هذا القانون ترتيبا أقرب إلى نظام المدنية الحديثة ، وأكثر انطباقا على طرق البحث القانونية ، بعد أن تخطى علم القانون ادواراً غير قليلةفى سبيل الرقى .

ولايراد بهذا التقسيم أن تندمج الشريعة الاسلامية فى القانون الحديث ، وأن تفقد استقلالها ، وإنما يراد بهذا تسهيل المقارنة بين الشيئين ، وفتح باب لترقية طرق البحث فى الشريعة الاسلامية بحيث تتمشى مع القانون الحديث فى تقدمه ...

٤ ـ قلنا إن أساس تقسيم القانون الحديث هو التفريق بين القانون الخاص والقانون العام فهل نجد فى القانون الاسلامى محورا ترتكز عليه هذه التفرقة . لعلنا نجد فى تقسيم الأصوليين الحقوق إلى : حق للعبد ، وحق لله ، وحق مشترك ولكن حق العبد غالب ، وحق مشترك ولكن حق الله غالب . فحقوق العبد ، والحقوق المشتركة التى فيها حق العبد غالب تصلح ـ كما أرى ـ أن تكون موضوعات للقانون الخاص وبعض حقوق الله وكذلك الحقوق المشتركة التى فيها حق الله غالب تصلح أن تكون موضوعات للقانون العام ...

ثانياً : السلطات العامة فى الاسلام :

نريد من هذه المقدمة أن نقول انه مادام لدى المسلمين (قانون اسلامى) فلديهم حكومة اسلامية . والحكومة الاسلامية ـ ككل حكومة ـ تشتمل على ثلاث سلطات : السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية .

١ ـ السلطة التشريعية :

السلطة التشريعية فى الدولة الاسلامية لايمكن تحديدها إلا بعد بحث واستقصاء . السلطان عندنا نحن المسلمين : هو الله تعالى . لا حد لسلطانه ولا راد لارادته ، فهو الشارع لأمور الدين والدنيا ، مشيئته نافذة وأمره قانون ، فهو إذاً السلطة الكبرى . ولكن أوامر الله ونواهيه لاتعرف إلا بالوحى ، ولما كان الوحى قاصرا على الانبياء كان علينا أن نتبين إرادة الله عز وجل بواسطة نبيه عليه الصلاة والسلام . ولقد بلغنا النبى ﷺ كتاب الله الكريم : يتضمن إرادة الله ورسالته إلى عباده . فكان أول مصادر لتشريع ، وكانت سنته عليه الصلاة والسلام مفسرة له ، فهى : المصدر الثانى . ولما كانت الأحكام الدنيوية كما سبق أن قررنا تتطور تبعا لتطور المدنية ، وكان لابد من انقطاع الوحى بقبض الرسول ﷺ ، أصبح محتما أن يكون لدى المسلمين مصدر ثالث للتشريع ، هو الذى يضمن للأحكام الدنيوية جدتها وتمشيها مع روح الزمن كان هذا المصدر هو : اجماع الأمة . قال عليه الصلاة والسلام : لا تجتمع أمتى على ضلالة .

نقف هنا قليلا وننظر كيف يكون اجماع المسلمين قانونا . الاجماع هو اتفاق المجتهدين فى عصر من العصور على حكم شرعى . وليس

المجتهدون طبقة من الطبقات كما كان معهودا فى طبقة النبلاء ، أو فى طبقة الكهنة . بل لكل مسلم أن يكون مجتهدا إذا وصل فى العلم إلى الاجتهاد فمعنى ان الاجماع قانون : ان طائفة من المسلمين ينوبون عن الأمة الاسلامية . ونيابتهم آتية لابطريق التصويت العام كالمعتاد فى المجالس النيابية الحديثة بل بطريق : العلم . وهذه الطائفة تملك قوة التشريع فى حدود الكتاب والسنة . فحكومة المسلمين حكومة علماء . والعلماء فى الأمة الاسلامية ـ كما يقول عليه السلام ـ هم ورثة الأنبياء . أما ان العلماء يملكون قوة التشريع فى الدولة الاسلامية ، فهذا اصل من اصول الفقه معروف . بقى أن نحلله ونعرف مداه . اراد الشارع الحكيم الا يترك الأمة دون هاد بعد أن مضى عنها هاديها فلم يجعل لفرد مهما عظمت سلطته ان يحل من الأمة محل المشرع . والسيد المطلق ـ حكومة ليست من تعاليم الاسلام . فالخليفة وهو على راس الحكومة الاسلامية لايملك من سلطة التشريع شيئا ، ولايشترك فيها باعتبار انه خليفة . بل بوصف انه مجتهد ـ إذا كان مجتهدا ـ شأنه فى ذلك شأن سائر المجتهدين . جعل سبحانه وتعالى الأمة الاسلامية صاحبة السلطان فى شئونها مادامت تستعمل ذلك السلطان فى حدود الكتاب والسنة . ولما كان غير متيسير أن يشترك كل فرد من افراد الأمة فى ذلك السلطان ، كان لابد من ان يكون للامة ممثلون يتوفرون على ما يجب من كفاءة خاصة وهم المجتهدون يستعملون ذلك السلطان باسمها لا باعتبار انهم سادة عليها ، بل وكلاء عنها . فالأمة هى صاحبة السلطان ، وهى خليفة الله فى ارضه ، وتستعمل سلطانها بواسطة وكلاء عنها . فاذا أردنا ان نبحث عن السلطة التشريعيةفى الدولة الاسلامية وجدناها بعد الله سبحانه وتعالى : فى الأمة نفسها ، لافى فرد من الأفراد ، ولا فى طبقة من الطبقات

هل يمكن أن نبنى على أصل الاجماع فى الاسلام مشروعية المجلس النيابية الحديثة . هذا بحث أخر نرجو أن نوفق إلى بحثه فى مقال آخر

٢ ـ السلطة التنفيذية

اما السلطة التنفيذية فى الاسلام فهى : حكومة الخلافة ، والخلافة حكومة خاصة تمتاز عن سائر الحكومات بالمزايا الآتية

(أولا) إن الخليفةليس حاكما مدنيا فحسب ، بل هو أيضا الرئيس الدينى للمسلمين ، ولا يتوهم أن للخليفة سلطة روحية شبيهة بما تنسبه النصارى للبابا فى روما ، فالخليفة لا يملك شيئا من دون الله ، ولايحرم من الجنة ، وليس له شفاعة يستغفر بها للمذنبين . هو عبد من عباد الله لايملك لنفسه ضرا ولا نفعا ، ولى أمور المسلمين فى حدود معينة . ومعنى انه الرئيس الدينى للمسلمين أن هناك مشاعر عامة يقوم بها المسلمون جماعة ، كصلاة الجماعة ، والحج ، وهذه لاتتم إلا بإمام هو الخليفة . لذلك نطلق كلمة الامام خاصة على الخليفة ، إذا ولى اختصاصاته الدينية ، ونطلق عليه لقب امير المؤمنين إذا ولى اختصاصاته المدنية .

(ثانيا) ان الخليفة فى استعمال سلطته التنفيذية يجب عليه أن يطبق احكام الشريعة الغراء ، وليس معنى هذا انه ملزم بالسير على مذهب خاص من المذاهب المعروفة ، فله بل عليه - وهو مجتهد - أن يراعى ظروف الزمان والمكان ، وان يطلب من المجتهدين أن تجتمع كلمتهم على ما فيه المصلحة لهذه الأمة - ولو خالف ذلك كل المذاهب المدونة فى الكتب ، ومعلوم أن إجماع المجتهدين مصدر من مصادر التشريع .

(ثالثاً) أن سلطان الخليفة يجب أن ينبسط على جميع العالم الاسلامى ، فوحدة الاسلام حجر اساسى فى الدولة الاسلامية ، ووحدة الاسلام تستتبع وحدة الخليفة . يجب أن يكون على راس الاسلام خليفة واحد ، وهذه هى الخلافة الكاملة . ولكن الظروف قد تلجىء الملسمين - وقد تمزقت وحدتهم - أن ينقسموا امماً ، لكل امة حكومتها ، فيجوزتعدد الخليفة للضرورة ، ولكن الخلافة هنا تكون خلافة غير كاملة . على ان الخلافة الكاملة يمكن تحققها إذا اجتمعت كلمة المسلمين ، لا على ان تكون لهم حكومة مركزية واحدة ، فذلك قد يصبح مستحيلا ، بل يكفى - على ما ارى - أن تتقارب حكومات الاسلام المختلفة وان تتفاهم ، بحيث يتكون منها هيئة واحدة شبيهة (بعصبة امم إسلامية) تكون على راس الحكومات ، وتكون هى هيئة الخلافة ، ولاسيما إذا الحق بهذه الهيئة مجلس مستقل عنها ، يكون قاصرًا على النظر فى الشؤون الدينية للمسلمين .

٣ - السلطة القضائية :

أما السلطة القضائية فى الاسلام فهى ليست مستقلة عن السلطة التنفيذية ، إذ أن الخليفة يجمع بين السلطتين ، وهو الذى يولى القضاة

ويعزلهم ، ويجوز ان يلى القضاء بنفسه ، وكان النبى ﷺ ومن بعده من الخلفاء الاربعة يقضون بين الناس ، فلما اتسعت شئون الملك وكثر عمال الخليفة ، صار الخلفاء يولون القضاة فى الأمصار والأقاليم ، وصار القضاء يستقل شيئاً فشيئاً ، حتى كسب له وجوداً متميزا عن دائرة عمال السلطة التنفيذية . (١)

ثالثاً : ملخص تاريخ هذه السلطات الثلاثة بمصر :

١ ـ اندمجت بلادنا المصرية فى الدولة الاسلامية بالفتح العربى ، وصارت مصر قطراً إسلامياً حتى يومنا هذا ، وحلت الشريعة الاسلامية محل الشريعة الرومانية ، وكان من شأن ذلك ان كثر الفقهاء والمجتهدون فى مصر ، ومن اعلامهم الامام الشافعى رضى الله عنه صاحب المذهب المعروف ، قرب مذهبه بين المذهبين الكبيرين اللذين سبقاه : مذهب الامام الأعظم ابى حنيفة النعمان ، وهو مذهب اهل الراى . ومذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وهو مذهب اهل الحديث . وما زال المجتهدون يتوالون على مصر ، حتى انشىء الجامع الأزهر ، فى عهد الدولة الفاطمية ، فضمن للعلوم الاسلامية مركزا ثابتاً دائماً ، وجعل لمصر مكانة ممتازة بين الاقطار العربية . ولا شك فى ان المصريين وضعوا حجرا كبيرا فى بناء الشريعة الاسلامية ، وساعدوا كثيرا على إعلائها ، على ان ما ينتظر منهم فى المستقبل ، اكبر خطرا مما فعلوه فى الماضى ، فهم اكبر امة إسلامية تحمل فى عنقها امانة النهضة بهذه الشريعة الغراء ، فتتخطى بها اعناق القرون ، حتى يتسلمها الجيل المقبل مجددة حية فيها قوة تميت جراثيم الجمود وتعيد اليها الجدة والشباب .

٢ ـ وكان من شأن السلطة التنفيذية فى مصر ان تبعت دهرا طويلا حكومة الخلافة فى المدينة وفى دمشق وفى بغداد ، حتى استقل بمصر ولاة معروفون فى التاريخ ، ونشأت فيها دول للخلافة ، ثم رجعت تابعة بعد أن كانت متبوعة ، وانتهى بها الأمر ان كانت فتحًا للعثمانيين من الاتراك حكموها حتى جاء محمد على الكبير ، فأخذ مقاليد الأمور ، واسس الدولة المصرية ، التى نعيش فى ظلالها اليوم .

---

(١) المجلة ، نظرية الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية لايزال فيها الخلاف الى الآن . فبعضهم يرى الفصل بينهما وبعضهم لايراه ، وحجته أن القضاة تعينهم السلطة التنفيذية ، وان تطبيق القانون لايخرج عن كونه تنفيذا له . ولكل راى انصاره

٣ - أما القضاء فى مصر فكان يليه قضاة ترسلهم حكومة الخلافة . وكلما استقلت مصر بشئونها استقلت بقضائها . حتى جاء محمد على باشا . فأنشأ مجالس شرعية للمسائل الشرعية ، ومجالس أقليم للشئون الادارية والمالية ، وجعل على رأس هذه المجالس مجلس الاحكام ومقره العاصمة .

ولما ولى سعيد باشا أنشأ مجالس محلية للقضاء نظمت فى عهد اسماعيل باشا ، على أن الاضطرابات والفوضى كانت من مميزات القضاء فى مصر . وزاد الأمر تعقيدا وجود الامتيازات الأجنبية . فسعى نوبار باشا سعيه المعروف حتى أنشئت المحاكم المختلطة ، فى دائرة اختصاص معين . فلما استقام شأن القضاء فى هذه الدائرة ، كان مشجعا للحكومة المصرية على انشاء المحاكم الاهلية .

أما القضاء الشرعى فقد كان على رأسه قاضى مصر ، يعينه السلطان العثمانى (حتى سنة ١٩١٤ لما انقطعت التبعية بين مصر وتركيا) وقد سعى سعيد باشا لدى الباب العالى حتى جعل تعيين باقى القضاة من حقوق الحكومة المصرية . ولكن من جهة أخرى أصبح القضاء الشرعى بعد أن كان شاملا لاختصاص عام قاصرًا على الأحوال الشخصية للمسلمين ، بعد أن انتقصه القضاء المختلط ، والقضاء الأهلى من أطرافه . . . ولعل تضييق دائرة القضاء الشرعى جعلت من السهل نوعًا بذل العناية فى إصلاحه فصدرت عدة لوائح لترتيب المحاكم الشرعية . واهمها لائحة سنة ١٨٨٠ ولائحة ١٨٩٧ ولائحة ١٩٠٩ وسنة ١٩١٠ وكل لائحة تتلو سابقتها تعدل وتنقح فيما يستحق التعديل والتنقيح . وقد امتزجت فى هذه اللوائح الشريعة الاسلامية بالقانون الحديث امتزاجًا دلت التجربة على انه كان موفقًا ، وهو يثبت من ناحية أخرى . « ان الشريعة الاسلامية إذا صادفت من يعنى بأمرها ، تستطيع ان تجارى القانون الحديث دون تقصير . بل وتفوق عليه فى بعض المسائل » .

تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية(*)

لحضرة الأستاذ المحقق الدكتور عبد الرزاق بك السنهورى

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية

الان نكتفى بالقاء نظرة عامة على تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من سنة ١٨٨٠ الى سنة ١٨٩٧ إلى سنة ١٩٠٩ إلى سنة ١٩١٠.

١ - لائحة سنة ١٨٨٠ :

مما يستحق الذكر ان لائحة سنة ١٨٨٠ **صدرت قبل انشاء المحاكم الأهلية** ولذلك جاء فى مادة ٥٣ من هذه اللائحة : أن المحاكم الشرعية تختص بالنظر والحكم فى المواد الشرعية كافة بما فى ذلك المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية وما يتفرع عن كل ذلك ويلحق به ، وكذلك مواد القتل. إنما تكون رؤية مواد القتل المذكور بمحكمتى مصر والاسكندرية ومحاكم المديريات والمحافظات بعد الاحالة عليها من المجالس النظامية ، وكذلك تختص المحاكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها من العقود والاشهادات ونحوها.

يفهم من هذا أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها اختصاص عام فى المواد المدنية وليس اختصاصاً قاصراً على الاحوال الشخصية وهناك نظرية تقول أن هذا الاختصاص العام باق لها لم ينزع منها وان المحاكم الأهلية ماهى إلا محاكم استثنائية نزعت من اختصاص للمحاكم الشرعية مواد معينة بمقتضى لائحة سنة ١٨٨٣ فكل مالم يعط للمحاكم الأهلية بنص يبقى فى اختصاص المحاكم الشرعية ولو لم يكن فى دائرة الاحوال الشخصية ولا اعلم أن محكمة شرعية اخذت بهذه النظرية ولئن كانت من حيث التدليل النظرى قابله للفهم ويلاحظ ايضاً أن المحاكم الشرعية حسب لائحة سنة ١٨٨٠ كان لها إختصاص جنائى محصور فى

(*) نقلا عن مجلة المحاماة الشرعية - السنة الأولى - العدد الثانى - جمادى الثانى سنة ١٣٤٨ هـ الموافق نوفمبر ١٩٢٩م فى الصفحات ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦.

مواد القصاص ولايزال حتى الآن أثر هذا الاختصاص ماثلاً فى وجوب اخذ راى المفتى قبل الحكم بالاعدام على أن اخذ رايه لمجرد الشكل لا تاثير له وكذلك تختص المحاكم الشرعية بكتابة السندات الشرعية بجميع ما يصدر بها العقود والاشهادات ونحوها وقد جاء فى المادة (٥٥) أنه فى حقوق جميع المحاكم الشرعية كتابة حجج العقارات بما فى ذلك من الاطيان العشورية والخراجية سواء كانت بدائرة ولايتها أم لابما يحصل فيها من انتقال الملكية بجميع اسبابه او من الرهن ونحوها او من الوقف او الوصية وكامل العقود التى تحصل بشأنها وقد كان ايضاً من اختصاص المحاكم الشرعية مادة (٥٧) نصب الأوصياء والقوام وعزل من يستحق العزل منهم بموجبات الشرعية وثبوت رشد من يدعيه يكون كل ذلك باطلاع ومخابرة المجلس الحسبى اما من حيث المذهب الدى كانت تطبقه هذه المحاكم فقد نصت مادة (١٠) انه يجب ان تكون الأحكام مبنية على أرجح الأقوال فى مذهب الإمام الأعظم (أبى حنيفة النعمان (رض) ولا يعدل عنه إلى غيره ولكن نظراً لدفع الفساد وكثرة الجراءة على ازهاق الأرواح المعصومة تحاكم القضاة المامورون بالقضاء على مواد القتل بمذهب الإمامين الجليلين صاحبى الإمام الأعظم والأئمة الثلاثة فى مسائل القتل العمد بحسب المنشورات السابقة

٢ - لائحة سنة ١٨٩٧

صدرت هذه اللائحة بعد انشاء المحاكم الاهلية بمدة غير قصيرة ويلاحظ فيها أن روح القانون الحديث قد سرى إليها اكثر من سابقتها بطريق العدوى من المحاكم الأهلية . وأول ما نلاحظه على لائحة سنة ١٨٩٧ عدم وجود مادة فيها تشبه المادة (٥٣) من لائحة سنة ١٨٨٠ التى كانت تنص على أن اختصاص المحاكم الشرعية عام فى المسائل المدنية ومن يريد أن يعرف اختصاص المحاكم الشرعية فى ذلك الوقت يجب أن يحال على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فيجد فى المادة (١٦) منها مايأتى (ليس للمحاكم المذكورة - أى المحاكم الأهلية - أن تنظر فى المنازعات المتعلقةبالدين العمومى او بأساس ربط الأموال الاميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الاوقاف ولا فى مسائل الانكحة وما يتعلق بها

من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية).

والذى يهمنا من هذه المادة أن الأحوال الشخصية خارجة من اختصاص المحاكم الأهلية، وهى التى بقيت فى اختصاص المحاكم الشرعية ويؤكد ذلك أن المواد من ١٦ - ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٨٩٧ تكفلت ببيان الاختصاص النوعى لكل محكمة من المحاكم الشرعية فأختصت محاكم المراكز بالمواد المتعلقة بالنكاح، والمهر، والجهاز، والحضانة وانتقال الأم بالصغير من بلد إلى بلد والصلح بين الزوجين، وحفظ الولد عند محرمة، والطلاق والخلع، والمباراة، والفرقة بين الزوجين بأسبابها الشرعية، حسب المقرر فى المذهب وتقدير النفقات، بما فيها من نفقة الاقارب، والتوكيل بين الزوجين، وثبوت النسب ونحو ذلك مما يتعلق بأمور الزوجية على أن المادة (١٨) تعطى المجالس الشرعية اختصاصاً فيه شىء من الابهام إذ تنص على أن المجالس الشرعية تنظر فيما يرفع إليها من المواد الشرعية، ما عدا المذكورة فى المادة التى سبق ذكرها، فالرجوع إلى ماعدا ماذكر بالمادة السابقة من المواد الشرعية يذكرنا بالمادة (٥٣) من لائحة سنة ١٨٨٠ التى تنص على اختصاص المحاكم الشرعية يكون فى كافة المواد الشرعية، على انه يجب أن يفهم أن المراد بالمواد الشرعية فى لائحة سنة ١٨٩٧ الاحوال الشخصية دون غيرها، إذ لم يرد اختصاص محاكم المراكز وهى محاكم أول درجة وقد فصلته المادة (١٦) على النحو الذى تقدم غير مسائل داخلة فى الأحوال الشخصية ولأن المواد القانونية التى ليست من الأحوال الشخصية داخله بنص صريح فى اختصاص المحاكم الأهلية أو فى اختصاص المحاكم المختلطة هذا وقد قسمت لائحة سنة١٨٩٧ المحاكم الشرعية إلى محاكم المراكز وإلى محاكم المديريات والمحافظات وإلى محكمة عليا بمصر. فمحكمة المركز يكون لها قاض واحد ومحكمة المديرية أو المحافظة تتألف من قاض وعضوين احدهما مفتى الجهة وتصدر الأحكام فيها من الثلاثة ويكون القاضى بصفة رئيس ويستثنى من ذلك محكمة مصر إذ تتألف من قاضى مصر وخمسة أعضاء وتصدر الأحكام من ثلاثة منهم أحدهم القاضى بصفة كونه رئيساً أو من

ينوبه عنه اما المحكمة العليا بمصر فتؤلف من خمسة وهم قاضى مصر بصفة كونه رئيساً ومفتى الديار المصرية ومفتى نظارة الحقانية وعضوان يعينان بأمر من الخديوي بناء على طلب ناظر الحقانية وتصدر الأحكام من الخمسة واستمر العمل بلائحة سنة١٨٩٧ أكثر من عشر سنوات حتى صدرت اللائحة :

٣- لائحـة سنة ١٩٠٩ و ١٩١٠ :

صدرت لائحة سنة ١٩٠٩ و ١٩١٠ بقانونين الأول فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ (قانون رقم ٢٥ سنة ١٩٠٩) وهو الشطر الخاص بترتيب المحاكم واختصاصها والثانى فى ٣ يوليو سنة ١٩١٠ (قانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠) وهو الشطر الخاص بالأجراءات وقد صدر بعد ذلك عدة قوانين عدلت من هذه اللائحة واللائحة تنقسم إلى ستة كتب تليها أحكام عمومية أفرد الكتاب الأول لترتيب المحاكم الشرعية وتشكيلها وتحديد دوائر اختصاص كل محكمة والكتاب الثانى والباب الرابع من الكتاب الثالث لبيان اختصاص هذه المحاكم وبقية الكتاب الثالث لكيفية انتخاب القضاة الشرعيين وتعيينهم وندبهم وتأديبهم والكتاب الرابع للكلام على الاعلانات وقيد الدعاوى وتقديم المستندات والمرافعات والأدلة والأحكام وطرق الطعن فيها والكتاب الخامس للكلام على تنفيذ الأحكام والكتاب السادس لتحقيق الوفاة والوراثة والاشهادات والتسجيل وتتناول الأحكام العمومية سقوط الدعوى بمضى المدة والكلام على الافتاء ، ومسائل نظامية .

تقرير عن المؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى فى اجتماعه الأول سنة ١٩٣٢

وضعه باللغة الفرنسية
الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري[١]

وترجمة الى اللغة العربية .
الأستاذ عبده حسن الزيات

فى مطلع شهر اغسطس الماضى ، شهد عالم القانون مؤتمرا دوليا عظيما للقانون المقارن ينعقد بلاهاى فى رواء وروعة جديرين بمحفل اجتمع فيه خمسون وثلاثمائة مندوبا يمثلون خمسا وخمسين امة ويساهمون فى هذه المظاهر العلمية الهاتفة بالتعاون القانونى الدولى .

لقد كان علينا - قبل أن نشهد هذا المؤتمر - أن نتربص اكثر من ثلاثين عاما بعد انعقاد المؤتمر الأول للقانون المقارن فى باريس عام ١٩٠٠ .

حينذاك لم يكن ثمة اتفاق حول موضوع أو غرض هذا العلم القانونى الناشىء بل أن فكرة القانون المقارن نفسها والدور المهيأ له وأسلوبه وميدان بحثه ، كل أولئك لم تظفر آنذاك الا بضئيل من التحديد . كان الفضل فى تحقيقه للعالم الكبير المأسوف عليه رايمون سالى ثم لأستاذنا العظيم ادوار لامبير الذى عارض النظرية التى تقدم بها سالى الى المؤتمر عن « القانون العام للانسانية المتحضرة » بنظريته التى تقدم بها عن « القانون التشريعى العام » ، تلك الفكرة التى عاد اليها فنماها وضمنها كتابه العظيم المسمى « مهمة القانون المدنى المقارن » . ولقد كان (لامبير) واحدا من القلائل الذين قيض لهم أن يشهدوا المؤتمرين اللذين فصلتهما أعوام ثلاثون ، فطبعهما كلاهما بطابعه القوى العبقرى وكان الأب الروحى الذى

(١) المعرب هنا ليس الا جزءا من التقرير الذى نشر باكمله فى مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٢٨٩ وما بعدها .

عمد هذا العلم الجديد فى يوم مولده ، ثم شهده اليوم يبلغ المرحلة الأولى من نضوجه العلمى .

لقد كسب القانون المقارن ، منذ مؤتمر ١٩٠٠ ، فى ميدان التجديد : فالابحاث الشاملة او التى عرضت لموضوعات خاصة منه قد كثرت ، وميدانها قد امتد بفعل تيارات فكرية ثلاثة كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبير فى تقرير ستسنح له فرصة الرجوع اليه . هذه التيارات الثلاثة هى : صحوة الروح الدولية والأخذ بالعامل الاجتماعى فى القانون وخلق كتلة تعاونية قانونية ذات مسحة دولية واضحة الظهور .

لهذا كان الوقت ملائما لانعقاد مؤتمر قانون مقارن يقيس الثقة التى عبرت من الطريق ويمهد للعمل الجمعى الذى يأخذ فيه قانونيو (فقهاء) البلاد المختلفة فى جو جديد تسوده العقلية الدولية كما خرجت من الحرب . ولقد قدر للمجمع الدولى للقانون المقارن ، الذى اسس فى جنيف عام ١٩٢٤ ثم انتقل الى لاهاى ، أن يضطلع بمهمة الدعوة الى هذا المؤتمر العالمى . فأعد مسيو (بالوخ) سكرتيره العام مشروع دعوة الى مؤتمر يعقد بلاهاى وكان هذا المشروع موضوع مذاكرات المجمع فى منعقد عام ١٩٢٩ . ووجه الأستاذ لامبير نداءه الى العالم القانونى فى صورة تقرير قدم فى جلسة افتتاح المجمع لذلك العام هذا التقرير الذى اشرنا اليه والذى كان توزيع صوره دعاية كبرى للمؤتمر فقد أرسله المجمع الى جميع الهيئات العلمية التى يعنيها الأمر وكان بين هذه الهيئات كلية الحقوق بالجامعة المصرية وشفع المجمع الصور المرسلة بأسئلة وجهها الى تلك الهيئات طالبا أن تنهى اليه رأيها : اترى من المستطاع تحقيق فكرة عقد المؤتمر ؟ فان رأت ذلك ففى أى زمان وفى أى مكان ؟ وعلى ضوء الاجابات التى تلقاها المجمع استطاع أن يقرر - فى ثقة من الأمر - امكان عقد المؤتمر فى لاهاى عام ١٩٣٢ واكلا الى مكتبه العناية بتحقيق ذلك الانعقاد فاتجه الى تنظيم اجتماعه على اساس واسع يكفى لتقدير مداه أن نشير الى ما تضمنه تقرير الأستاذ لامبير فى هذا الصدد .

« لقد كان من الواجب - لكى يستطيع مؤتمر للقانون المقارن ان ينهض بالعمل - أن تتوفر فيه صفة الدولية إلى أن يجذب الى منتداه مؤتمرين من

من الامركيين وآسيويين الى جانب المؤتمرين الأوربيين وان يتعاون فى ساحته رجال القانون فى الدول التى شطرتها عداوة الأمس تعاونا تسوده روح التوازن والمساواة وان يلح على جمعيات الحرف وهيئات العلماء والكتل الادارية او التعاونية التى ابدت اهتماما بأمر القانون المقارن فى أن تزجى الى المؤتمر مندوبين او ملاحظين ».

ولقد نفذ هذا البرنامج بدقة وتحرج بفضل نشاط السكرتير العام للمجمع الأستاذ اليمير بالوخ الذى أخذ منذ عام ١٩٣٠ يهيىء الأمر فى بلاد كثيرة بين الجماعات القوية المختلفة فتسنى له أن يجمع تقارير واردة من بلاد متنوعة اعد على هداها نظام بحث الموضوعات التى اشتملها جدول اعمال المؤتمر بعد أن دبر اجتماعا من بعض رجال القانون اضطلعوا بتوزيع العمل بين الأقسام المختلفة واعداد جدول اعمال كل منها وقد حرص المجمع الدولى للقانون المقارن على أن يسجل عرفانه بجميله فاتخذه له سكرتيرا دائما .

وان من المناسب أن نتحدث بعض الحديث عن الغايات التى ادركها المؤتمر ولن اتحدث عن الغاية المعنوية ذلك انها اعظم من أن يسع الكلام فيها هذا التقرير الوجيز وإنما اخص بالحديث النتائج المادية التى تسنى بلوغها :

فالى جانب القرارات المتعددة التى اتخذتها لجان المؤتمر المختلفة خاصة بالمسائل التى عرضت عليها . تلك القرارات التى ستجمع فى قائمة خاصة - الى جانب تلك القرارات أبدى المؤتمر - بناء على ما ارتآه السكرتير العام للمجمع فى الجلسة الافتتاحية - رغبته فى أن تنشأ «مجلة القانون المقارن تكون لسانا رسميا للمجمع» كما تمنى المؤتمر ايضا «تدريس القانون المقارن فى جميع كليات الحقوق بجامعات الأمم المتنوعة».

على ان لزاما على أن افرد بذكر خاص قرارين من قرارات المؤتمر لأنهما يسجلان وقتا معينا فى تاريخ السير المطرد للقانون المقارن .

فاما الأول فقد قرر المؤتمرون أن يصبح مؤتمرهم نظاما دائما يدعى الى الانعقاد بصورة دورية مرة كل ثلاثة او خمسة اعوام عن طريق المجمع

الدولى للقانون المقارن. وقد وضع لذلك لائحة قصد بها تعيين النقط الرئيسية فى تنظيم هذه المؤتمرات الدولية المستقبلة وهى تقضى بأن مكتب المجمع يتولى، كل عامين، دعوة خبراء مختارين من البلاد المختلفة ليقدموا الاقتراحات الخاصة بتنظيم المؤتمر القادم، وان يؤلف مكتب المؤتمر من اعضاء مكتب المجمع نفسه مشتركا معهم نخبة من أقطاب الفقه والقضاء فى البلاد المختلفة مع مراعاة تحقيق تمثيل جميع العقليات القانونية الهامة. وتقضى اللائحة أيضا بأن يضم مكتب المجمع المؤتمر شعبا تضمن بحث المسائل المختلفة وان تكون لغاته الرسمية: «الألمانية والانكليزية والاسبانية والفرنسية والايطالية وان ينظر مكتب المجمع فى قبول الترشيحات لعضوية المؤتمر بعد فع المبالغ التى حددها، وان تنشر التقارير التى توضع خاصة بأعمال المؤتمر فى مجموعاته.

وهكذا قدر أن تتحقق الرغبة التى سجلها لامبير فى تقريره المنوه عنه حين قال فيه: «ان ما ارقبه من اول مؤتمر دولى للقانون المقارن ينعقد بعد الحرب، هو أن يخرج الى الوجود نسلا مستطيلا متتابعا من المؤتمرات الدولية التى تضم من أصحاب القانون افرادا يتملكهم الشعور بتداخل وتعاون القانون بوصفه علما اجتماعيا مع القانون بوصفه علما دوليا».

لقد ظفرنا بهذه النتيجة المحققة، وهى خلق هذه الجرثومة من جراثيم التنظيم الدولى لنص القانون، ذلك التنظيم الذى سيوفره انشاء سلسلة زمنية منتظمة من المؤتمرات الدولية لرجال القانون.

اما الأمر الثانى الذى احب أن اخصه بالذكر فذلك ان المؤتمر اعلن رغبته فى أن تنشأ فى احضان المجمع الدولى للقانون المقارن كلية حقوق دولية، وتلك رغبة قد اهمت الأستاذ لامبير وحدب عليها حدبا كبيرا حتى لقد سجلها فى مختتم بحث نشره من «أعمال المجمع» عام ١٩٣٢ فى موضوع: القانون المشترك لعصبة الأمم، هيئاتها الحاضرة، وهيئاتها المستقبلة والحاجة الى انشاء كلية حقوق دولية. ولقد عرض صاحب الاقتراح، مسيو بالوخ، فى جلسة افتتاح المؤتمر الرسمية، بيانا موجزا لما وراء تحقيق اقتراحه من فوائد ولقد أشار فى بيان اهميته الى ان انشاء كلية دولية للقانون من شأنه أن ييسر للمشرعين المحليين من البلاد

المختلفة الافادة مما تم فى بلاد غير بلادهم من عمل تشريعى ، وليس الا هذه الكلية يستطيع تدريس النظم التشريعية المنوعة بغير اغارة على نشاط اى من الهيئات القائمة ثم أنها لتنهض بتزوير الوظائف الدولية التى تتزايد اهميتها شيئا فشيئا بمن يشغلونها كالمشرعين والأساتذة والقضاة والمحامين الدوليين ورجال السلك السياسى ومديرى المنشئات الدولية ولقد نوه مسيو لامبير ، كرئيس للشعبة العامة فى المؤتمر ، بأهمية هذا المشروع مقترحا اتخاذ لاهاى مقرا لها ولقد جاء بين كلامه فى هذا الشأن :

« أن القانون المقارن او مقارنة الفقه ليست فرعا خاصا من القانون وإنما هى الشكل الذى يتشكل به القانون عندما يراد منه مواجهة جمعية الشعوب التى قد اصبح ملاكها الاقتصادى دوليا المواءمة بالفعل والتى فطنت الى ضرورة المواءمة بين نظمها القانونية وقوامها الاقتصادى وتدويل الأقسام التجارية من قانونها . ان القانون المقارن هو التركة التى تلقيناها عن القانون الرومانى كما كان فى القرون الوسطى وأن هذا القانون المقارن ليرجى أن تقيم من جديد عناصر التعاون والتفاهم بين العلوم القانونية القومية ، تلك العناصر التى طوعت للحاشين أن يستخلصوا من « عادات » القرون الوسطى اساسا لقانون تشترك فيه الدول المسيحية فى الغرب » .

ولقد اقترح مسيو بالوخ الابتداء بتعيين خمسة أو ستة من الأساتذة الدائمين يقومون بتدريس المواد الآتية :

تاريخ علم القانون والتاريخ المقارن للقوانين ، القانون الدولى العام مع التعمق على أساس المقارنة ، القانون الدولى الخاص مع التعمق على أساس المقارنة ، القانون المدنى المقارن والمرافعات الحديثة المقارنة ، القانون التجارى المقارن والمرافعات التجارية المقارنة ، قانون العقوبات المقارنة والمرافعات الجزائية المقارنة ، القانون العام المقارن بفرعيه الدستورى والادارى . على أن توجد الى جانب هذه الدروس العامة محاضرات ودروس خاصة يلقيها اخصائيون ينتمون الى البلاد المختلفة . هذا هو المشروع الذى عرض على المؤتمر فأقر قواعده الهامة فى جلسة الافتتاح .

وهنا نظفر بنتيجة محتملة لا محققة كالنتيجة السابقة هى إيجاد مقر لدراسات سنوية فى لاهاى تتناول القانون المقارن وعلم الاجتماع وفى مستطاعها ان تلعب دور كلية حقوق دولية كما تنبىء الآراء التى تبادلتها شخصيات ذات اختصاص على أثر توجه المؤتمر بتلك الرغبة .

بقى على ان اشير الى ما لانشاء بيئة لدراسة القانون المقارن والشريعة الاسلامية من اهمية بالقياس الى كلية الحقوق المصرية . وأن المكانة التى استردها المندوبون المصريون فى المؤتمر وكسبوها للشريعة الاسلامية لتبرر كل التبرير التفاؤل الذى يصحب التفكير فى تحقيق مثل هذا المشروع بأحد امرين :

(١) انشاء **دبلوم للدارسات العليا** من قسم الدكتوراه بكلية الحقوق بالجامعة المصرية يدرس طلبته مع الشريعة الاسلامية والقانون المقارن مواد اخرى مثل تاريخ القانون والقانونالروماني ويكون هذا الدبلوم الجديد مكملا مجموعة الدبلومات العليا التى يتكون منها قسم دكتوراه احتذى فى وضعه مثال الجامعات الفرنسية .

(٢) او انشاء **معهد مستقل خاص للشريعة الاسلامية والقانون المقارن** وفق النظام الذى اقره مجلس كلية الحقوق للمعاهد المنوعة التى انشئت فى احضان الكلية .

لقد حان الوقت واعطانا مؤتمر لاهاى اشارة الابتداء . لقد آن الاوان لدراسة القانون بنفحات التجديد . وأن **علينا ان نرد الى الشريعة الاسلامية** - بدراسة تاريخية ومقارنة عميقة جادة - صفة التوائم مع حاجات النظام الاجتماعى القائم وان نقطة الابتداء من هذا العمل يجب ان تكون - **كما سبق ان قلته فى كتابى عن « الخلافة »** - الفصل بين الجزء الدينى والجزء الزمنى فى الشريعة الاسلامية ذلك ان الجزء الدينى يجب أن يفلت من دائرة دراساتنا ليبقى حكرا لرجال الدين من المسلمين .

ولأن علينا ان نعنى فى دراستنا **بجعل الشريعة الإسلامية ممكنة التطبيق على السواء بالقياس للمسلين وغير المسلمين** ، كان واجباً أن نميز ، فى نظام القسم الزمنى من الشريعة نفسه ، القواعد ذات الصبغة الدينية من القواعد ذات الصبغة القانونية البحتة .

اننى لا اعنى بالاسلام - فى ميدان الدراسة القانونية - مجموعة من القواعد الدينية وإنما نظاما للحضارة يعتمد على أساس من التنظيم القانونى. هذا هو الاسلام الثقافة لا الاسلام العبادة وانى لزعيم بأن المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ليجتمعون على اقارار ضرورة النهوض بحركة ترمى الى التمكين لهذا النظام القانونى العتيد من الانطباق فى العصر الحاضر وهو ذلك النظام الذى اشترك فى بنائه من رجال القانون الاسلامى من لا يقاربهم فى عظمتهم غير فقهاء الرومان.

ان على كليتنا أن تخطو الخطوة الأولى فى سبيل هذا الاصلاح بل فى سبيل هذا «الرنيسانس» مهما تتكلف فى هذا السبيل. أن كلمة الرنيسانس قد تكون كلمة طموحة ولكنها يبررها ما فى هذا العمل من عظيم الخطر.

ان علينا أن نعيد الى مصطلح **الحضارة الاسلامية** المرونة التى فقدها وإلا نعتبرها مجرد مجموعة من القواعد الدينية بل صورة بديعة من صور المدنية يقدمها التاريخ الينا - على حد قول لامبير - «كثمرة للنشاط المشترك الذى ساهمت فيه جميع الوحدات الدينية التى تعيش منذ قرون بعيدة وتعمل جنبا الى جنب فى ظل راية الاسلام».

فقرات مقتبسة

من تقرير الأستاذ أدوار لامبير

عن أعمال

المؤتمر الدولى للقانون المقارن[1]

« . . . أن النظرية الاسلامية عن الضرورة تبدو كأنها التعبير الأقوى والأشمل عن فكرة تضطرب جرثومتها فيما يعرف من القانون الدولى العام باسم الشرط الفاسخ الضمنى Rebus Sie Stantibus ، وفى نظرية عدم التوقع التى أخذ بها القضاء الادارى الفرنسى . والمرونة التى اصطنعها القضاء الانجليزى متأثرا بفكرة استحالة تنفيذ الالتزامات بسبب النتائج الاقتصادية للحرب العظمى ، وفى القضاء الدستورى الأمريكى المتعلق به .

ولقد تقدم الأستاذ السنهورى بسند جديد للدعوى المعروضة على البحث عندما أشار الى الكتاب الذى أخرجه حوالى عام ١٩١٣ احد ابناء وطنه - محمود فتحى - الذى اغتاله الموت قبل الأوان عن « نظرية اساءة استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية » فى حين كانت النظرية الفرنسية عن اساءة استعمال الحقوق فى أوج قوتها بفضل مؤلفات الأستاذ جوسران . ولقد تتبع فتحى النشاط الاسلامى خلال ستة قرون وأرانا تلك النظرية تنتهى من مرحلتيها الأخيرة الى إقرار اربعة ميادين واضحة الحدود لاساءة استعمال الحق اكثرها ذات طبيعة اقتصادية . بينما لم توفق النظرية الغربية حتى الآن الا فى تحديد ميدان واحد من تلك الميادين وهو استعمال الحق بقصد الأضرار . ولقد كان لكتاب فتحى تأثيره فى أوربا فقد نفذت نسخ كتابه رغم العدد الكثير الذى طبع منه .

---

[1] ورد هذا التقرير ضمن تقرير الأستاذ السنهورى الذى عربنا جزء منه ونشرناه فى نفس العدد .

وإذا كنت استعيد هذه الذكرى التى اثارتهاملاحظات الأستاذ السنهورى ، فذلك لابرهن لزملائنا المصريين على أنهم هم الذين يقبضون بأيديهم على الوسائل التى تمكن من سكب النور على الخدمات التى تستطيع الشريعة الاسلامية ان تزود بها الفقه المقارن . وحسبهم فى سبيل هذا أن يقيموا فى جامعتهم القومية مركزا للأبحاث العلمية لمقارنة الشرائع .

الامبراطورية العربية التى نبشر بها(*)

«ننشر فى هذا الباب رد الزعماء وكبار القادة والمفكرين فى العالم العربى على استفتائنا فى مشروع الامبراطورية العربية»

بيــان

الدكتور السنهورى(١)

الرابطة العربية حقيقة واقعة، ويخطىء من يظن انها حركة خيالية. أو انها ضرب من «التهويش» يقصد به إلى مجرد الدعاية والتأثير فى سياسة أوربا نحو الشرق. واحسب ان الدول الغربية، وفى مقدمتها انجلترا وفرنسا، تعرف عن الرابطة العربية وعن العناصر التى تتألف منها هذه الرابطة وعما يقدر لها من نجاح وانتشار، اكثر مما نعرف نحن فى بلاد الشرق العربى، ذلك لأن هذه الدول ترسم خططها السياسية على أساس أن الشرق العربى كل لا يتجزأ وأن مايقع فى قطر منه يكون له صداه فى الأقطار الأخرى.

واعتقد أن الوقت قد حان لتحليل هذه الرابطة العربية. وعدم اطلاق القول فيها اطلاقاً خاليا من التحديد والدقة.

الرابطة العربية كسائر الروابط تتكون من عناصر متنوعة: عنصر اللغة، وعنصر الجنس والدم، عنصر التاريخ والتقاليد ويعزز ذلك وحدة

(*) نشرت فى مجلة الرابطة العربية لصاحبها الأستاذ امين سعيد وكنت تصدر فى القاهرة. العدد ١٢ السنة الأولى - ١٥ اغسطس سنة ١٩٣٦م

(١) إتخذ حضرة الدكتور السنهورى «الرابطة العربية، وطريقة تحقيقها» موضوعا لبحثه فكتب فيه الفصل النفيس الذى يطالعه القارىء.

الدين فى الكثرة الغالبة، وتقاليد التسامح الدينى، واعتبار الاقلية غير المسلمة اخوانا للمسلمين.

فرابطة تجمع كل هذه العناصر خليقة ان توجد أمة واحدة، لو تأتى لها ان تضم إلى كل ذلك الرابطة السياسية. وقد كان الأمر كذلك زمنا طويلا على ان اقل ما ينتظر من الرابطة العربية، وفيها كل هذه العناصر، ان تنتظم البلاد العربية فى حلف واحد وان تندمج جميعها فى كتلة واحدة، على شريطة ان نتعهد هذه الرابطة بالتقوية والتوثيق. وقد حان الوقت لتنظيم ذلك.

وعندى ان هنالك نواحى ثلاثا يحسن تمييزها بعضها عن البعض الآخر الناحية السياسية والناحية الاقتصادية والناحية الثقافية.

اما الناحية السياسية فالعمل فيها اوضح أثرا. ولكن يحسن أن يتأخر هذا العمل إلى ما بعد التمهيد له من الناحيتين الاقتصادية والثقافية، والذى يمكن عمله الآن فى هذه الناحية شىء يسير. كأن تتعاقد الدول العربية المستقلة فيما بينها ليتيسر التنقل ما بين البلاد العربية فتمحى جوازات السفر ويكون لابناء الدول العربية حق الاقامة فى اى قطر عربى متمتعين بنفس الحقوق الثابتة لمواطنى هذا القطر، أو تمنح لهم تسهيلات خاصة للتجنس بجنسية أى قطر عربى. وقد قدم العراق خير مثل لذلك. ويجوز ايضا التفكير من الآن فى وضع الاساس لاتحاد جمركى عام لجميع الاقطار العربية. على أن المستقبل كفيل بتحقيق أعمال سياسية اجل من هذه واكبر خطرا. ولنا أن نؤمل - بعد التمهيد الاقتصادى والثقافى - ان ترتبط البلاد العربية كلها بسلسلة من المعاهدات والمحالفات الدفاعية، وان يكون لها مجلس سياسى دائم، وهيئات سياسية ثابتة. على ان ينتظمها جميعها - هى وبلاد الشرق الادنى والاوسط كتركيا وإيران والافغان - عصبة أمم شرقية تكون شعبة فى عصبة الامم العالمية بجنيف.

والناحية الاقتصادية تنبغى العناية بها منذ الآن. وسبيلنا إلى ذلك درس الاسواق فى البلاد العربية بلدا بلدا. والعمل على إنما التبادل التجارى فيما بين هذه البلاد وللشركات المصرية وعلى رأسها بنك مصر مجال واسع للعمل، فرؤوس الاموال اكثر توافرا فى مصر عن غيرها من البلاد، والاسواق العربية اكثر استعدادا لاستخدام هذه الاموال. والفرصة

سانحة لانشاء المصارف وشركات النقل وتبادل المنتجات الزراعية والصناعية وتدعيم كل ذلك بمعاهدات جمركية. هذه هى الميادين الأقتصادية التى تستغرق نشاط العاملين للرابطة العربية.

بقيت لنا الناحية الثقافية، وهى الناحية التى تمهد للناحيتين الاخريين، وينبغى تعهدها بكل ما يمكن بذله من الجهود بدون هوادة أو استرخاء، وهى ناحية ذات شعب متعددة. فاللغة العربية ونشر آدابها وتاريخها وتوحيد المصطلحات العلمية فيها شعبة جليلة الأثر. والتاريخ العربى ودراسته بذكرياته المجيدة ومواقفه الحافلة شعبة أخرى تثير الحماسة القومية، وتوقظ الروح العربية. والفلسفة والعلوم الاسلامية التى زهت وازدهرت منذ عهود بعيدة فى ظل الامبراطورية العربية تصلح مجالا لنشاط علمى واسع المدى. والتعليم العالى الجامعى فى الأقطار العربية المختلفة فى حاجة إلى الاتصال بروابط قوية تيسر تبادل الاساتذة والبعثات العلمية. والمسائل الاقتصادية فى كل قطر عربى فى حاجة إلى من يتوفر على دراستها دراسة عميقة ثم تعرض جميعها على بساط البحث العام. ويأتى إلى جانب ذلك القانون، واحب ان أوجه النظر إلى القانون بنوع خاص. فللبلاد العربية جميعها تراث مشترك هو الفقه الاسلامى. وعندى ان الشريعة الاسلامية مصدر خصب يمدنا بكثير من الأحكام القانونية التى تتمشى مع أحدث المبادىء وأرقى النظريات. وقد جربت ذلك بنفسى عند وضع مشروع القانون المدنى فى العراق. وانى عظيم الايمان بامكان توحيد قانون الالتزامات والعقود لجميع البلاد العربية على اساس مشترك من الفقه الاسلامى. وقد سبقنا إلى فكرة التوحيد دولتان غربيتان عظيمتان هما فرنسا وايطاليا، إذ تعاون رجال القانون فى البلدين على وضع المشروع الفرنسى الايطالى المعروف وسأعود إلى هذا الموضوع الجليل فى فرصة أخرى.

هذه هى الشعب المختلفة للناحية الثقافية وخير وسيلة للعمل هو تنظيم مؤتمر عربى دائم، ينعقد كل عام فى عاصمة من العواصم العربية. وارى أن نبدأ العمل بتشكيل لجنة دائمة لهذا المؤتمر فى كل قطر عربى، وتنقسم اللجنة إلى شعب تتنوع بتنوع نواحى النشاط المختلفة التى سبقت الاشارة إليها. ومجموع هذه اللجان بشعبها المتنوعة هى التى يتألف منها

المؤتمر العربي . ويكون لهذا المؤتمر مكتب دائم يقوم بتحضير أعمال المؤتمر في كل عام وينظم انعقاده وينشر النتائج التي يصل إليها .

ومن الخير ان يقترن انعقاد هذا المؤتمر بانعقاد مؤتمر آخر للشباب العربي ، فيمثل المؤتمر الأول رزانة العلم ونضوج التفكير ويمثل المؤتمر الآخر حماسة الشباب وعزيمته ويتعرف فيه الشباب العربي بعضه إلى بعض حتى يتحقق من وراء ذلك التضامن والتعاون ، وعلى اكتاف الشباب يقوم كل عمل جليل .

نبى المسلمين والعرب(*)

للدكتور الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهورى
عميد كلية الحقوق

للنبى عليه السلام حرمة فى نفس كل مسلم، بل فى نفس كل انسان يحترم الانسانية، ويحترم من يعمل لخيرها. وهذه الحرمة تولد فى قلب من يهم بالكتابة عن هذه الصفحة النقية الجليلة من صفحات الانسانية شعوراً تمتزج فيه الهيبة بالحب وبالاجلال.

وقد طلبت منى جمعية الهداية أن اكتب فى نبى المسلمين والعرب. فوقفت بين الرهبة والواجب، ثم اقدمت على كتابة هذه الكلمة مختلساً بعض الوقت وسط ما يشغلنى من العمل وقد حددت، قبل أن ابدأ الكتابة، المعانى التى احببت ان اتقدم بها إلى القراء، فجوانب الكتابة عن النبى عليه السلام متشعبة منوعة، تزدخر بالمعانى؛ وتزدحم بالأفكار وهو، منذ صعد إلى الرفيق الأعلى، موضوع شهى للاقلام، ومجال متسع للتحليل والوصف:

اردت أن أضع أمام القارىء مسائل ثلاثا: (اولا) ان النبى عليه السلام هو نبى المسلمين والعرب، وقد اخترت هذا المعنى عنوانا للمقال. (وثانياً) ان النبى عليه السلام كان بشراً مثلنا، بل لعل أروع ما فى حياته من جلال وعظمة هى تلك الصفحة التى تريه لنا بشرا، يخضع لنواميس البشرية، ويجرى على سننها. (وثالثا) أن هذا الدين الذى اتى به النبى عليه السلام هو دين الارض كما هو دين السماء. بل لعله بالوصف الأول أقرب إلى العقل البشرى: وانفذ إلى قلب الانسان.

اما ان النبى عليه السلام هو نبى المسلمين والعرب، فقد اردت بهذا ان اقول أنه لم يبعث إلى العرب وحدهم، بل بعث إلى البشر كافة. ثم هو

(*) مقال فى مجلة الذكرى (التى كانت تصدرها جمعية الهداية العراقية) نشر فى عددها الصادر سنة ١٩٣٦ بمناسبة المولد النبوى الشريف.

بعد ذلك عربي من صميم بني عدنان فالنبي العربي وقف في حجة الوداع ، منذ ثلاثة عشر قرنا ، يخطب الأنسانية وهي لاتزال واعية لقوله حتى اليوم ولا يزال يرن ذلك الصوت الكريم الذي يقول : « الا لافضل لعربي على عجمي ، ولا لعجمي ، على عربي ، ولا لأسود على احمر ولا لاحمر على أسود ، إلا بتقوى الله . ان اكرمكم عند الله اتقاكم الا هل بلغت » نعم ، واحسن التبليغ وهو ، إذ ذاك ، يرى بعين الغيب اركان الدولة الرومانية ، واركان الدولة الفارسية ، تنهار وتنقض ، ويعلو فوق هذه الاطلال بناء على شامخ يكاد يسامت السماء ، هو بناء الدولة الاسلامية الجديدة ، دولة لاتعرف الاجناس ولاتعرف الالوان ، فالعجمي والعربي والاحمر والأسود ، عندها سواء . ولكن هذه الدولة وضع اساسها نبي عربي ، وارتفعت على اكتاف العرب فللعرب اذن ان يتقدموا إلى الانسانية بهذه الصفحة البيضاء ، فهم اول من قالوا برابطة البشرية ، وهدموا الحدود والحواجز ما بين بني البشر ، واقاموا اساسا لعصبة امم حقيقية لم ينجح الغرب في إيجادها حتى الآن .

اما ان النبي عليه السلام كان بشراً مثلنا ، فهذا ما اكده لنا في عبارات صريحة جازمة ، وهذا ما نقراه في القرآن واضحا لا لبس فيه ولا ابهام . ومعنى أنه كان انسانا هو أنه كان يخضع لما تخضع له البشر من سنن ونواميس . ولو انك استعرضت سيرة النبي عليه السلام ، لوقفت امام كثير من صفحات هذه السيرة النقية الطاهرة ، لا تستطيع تفسيرها إلا على أساس انه كان انسانا يخضع للعواطف البشرية ، وما تزدخر به من حب وكره ،ورضا وغضب ، وثبات واضطراب ، وقوة ، وضعف ، وامل ويأس ، واقدام واحجام . وهل ترون معي ايها المسلمون جميعاً ، بل أيها البشر جميعاً ، لو ان النبي عليه السلام كان ملكا من السماء اكان يقع من نفوسنا البشرية موقعه ؟ إن عظمة النبي الحقيقية هي في أنه انسان مثلنا ، يخضع لما نخضع له من العوامل النفسية وظروف البيئة . ومع ذلك يسمو ، فيتغلب بقوة نفسه ، وهي نفس بشرية ، على مالا نستطيع نحن أن نتغلب عليه . ثم يسمو ، فيقهر بعظمة نفسه ، وهي نفس بشرية ، ما ننهزم نحن امامه . خذوا جبريل والنبي هذا ملك كريم وهذا نبي عظيم فلو انبئتهم ان جبريل نظر إلى امراة جميلة فلم تقع من نفسه شيئاً ، واعتصم منها اكنتم

تندهشون ؟ اكنتم ترون فى هذا ما يدل على عظمة نفس وقوة إرادة ؟ كلا فجبريل ملاك من السماء لا شأن له مع البشر ولكن إذا انبئتم أن النبى عليه السلام نظر إلى أمراة جميلة بعين الرجل فاثرت المرأة فى نفس الرجل ولكنه اعتصم منها ، اما كنتم ترون فى هذا دليلا على قوة الارادة وعظمة النفس؟ لماذا نحاول إذن ان نخفى اقوى ناحية فى عظمة النبى عليه السلام وهى ناحية البشرية فنسبغ عليه ثوبا من القدسية يكاد يخرجه عن ان يكون انسانا مثلنا ، ويكاد يجعله آلة تحركها يد الله ، فلا تتحرك إلا إذا حركت ؛ وليس لها إرادة ولا وعى ؟ كلا ايها الناس ، فالنبى رجل منا ، تركه الله إلى نفسه ، بعد أن أيده بروح من عنده ، وانزل عليه وحيه ، فقام بعمل واخذ يبنى ويشيد ، وهو فى عمله وفى تشييده ينفذ وحى الله ، لكن بيده ويلبى كلمة الله لكن بقوته ، ويمكن لدين الله ، لكن بجهوده .

بقى أن الاسلام دين الارض كما هو دين السماء . فالاسلام لايبشر بنعيم الآخرة وبجنات عدن تجرى من تحتها الأنهار فحسب بل هو يبشر ايضاً بتاج كسرى وايوانه وعرش قيصر وسلطانه يبشر بالارض تدين لسلطان المسلمين . ويستخلف الله فيها من عباده الصالحين . «وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات . ليستخلفنهم فى الأرض كما استخلف الذين من قبلهم . وليمكنن لهم دينهم الذى ارتضى لهم . وليبدلنهم من بعد خوفهم أمناً » فالمسلم له عين إلى الارض وعين إلى السماء . يعمل لدنياه كأنه يعيش ابداً . ويعمل لآخرته كأنه يموت غداً .

والاسلام دين القوة . بقدر ما هو دين العطف والرحمة . مائة تغلب الفاً . ثم مائة تغلب مائتين . ولا يرضى الله عن المائة التى تغلب المائتين إلا بعد أن يصفها بالضعف . فالمسلم القوى يعدل عشرة . هذه هى القوة المادية . اما القوة المعنوية فقوة العقل وقوة الخلق . فالمسلم يطلب الله منه أن يجيل عقله فيما حوله . وان يتدبر خلق السماء والارض وان يتدبر خلق نفسه . وأن يؤمن عن تفكير . وان يجعل العقل المرشد الهادى الذى لايضل «إن فى خلق السموات والارض . واختلاف الليل والنهار . والفلك التى تجرى فى البحر بما ينفع الناس . وما انزل الله من السماء من ماء فاحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والارض . لآيات لقومن يعقلون » والمسلم

لا يتم اسلامه حتى يكون قويا فى خلقه. والاسلام هو دين «الصابرين والصادقين والقانتين. والمنفقين. والمستغفرين بالاسحار» دين «الذين هاجروا فى سبيل الله ثم قتلوا». دين «الذين لا يشهدون الزور. وإذا مروا باللغو مروا كراما». دين «عباد الرحمن الذين يمشون على الارض هونا. وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما». دين «للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله. لايستطيعون ضربا فى الارض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف. تعرفهم بسيماهم. لا يسألون الناس الحافاً». اليس الاسلام هو دين الرجولة الحقة؟ بلى. وقد بعث النبى ليتمم مكارم الأخلاق.(*)

بغداد **عبد الرازق احمد السنهورى**

(*)إن اعجاب السنهورى بشخصية رسولنا ﷺ وتعلقه بسيرته يظهر فى مواضع كثيرة من مذكراته المنشورة فى كتابنا بعنوان «عبد الرازق السنهورى من خلال اوراقه الشخصية». ويكفى ان نشير إلى اهم هذه المواضع فى الكتاب المذكور ونحيل القارىء عليه وهى مايلى

١ - المذكرة رقم (٧٢) التى كتبت بمدينة ليون فى ١٩٢٣/٣/٢٣ ص ٧١ بعنوان «رد على من تهجم على سيدنا محمد».

٢ - المذكرة رقم (١٣٤) التى كتبت بمدينة باريس فى ١٩٢٣/١١/١٠ ص ١٣٠ بعنوان «دراسة السيرة النبوية».

٣ - المذكرة رقم (٢٧١) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٩٤٢/٧/١٣ ص ٢٠٦ بعنوان «الاعجاب بالنبى ﷺ».

٤ - المذكرة رقم (٣٠٠) التى كتبت بمدينة دمشق فى ١٩٤٤/٢/٥ ص ٢٢٢ بعنوان «أمله فى ان يكتب سيرة المصطفى».

٥ - المذكرة رقم (٣١٧) التى كتبت بمدينة دمشق فى ١٩٤٤/٤/٤ ص ٢٣٨ بعنوان «خمسة كتب يدعو الله ان يمكنه تأليفها».

٦ - المذكرة رقم (٣٣٧) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٩٤٧/٦/١٥ ص ٢٥٣ بعنوان «انسانية الرسول ﷺ».

٧ - المذكرة رقم (٣٨٨) التى كتبت بمدينة القاهرة فى ١٩٥٤/٥/١٥ ص ٢٨٣ «دعاء».

ويظهر من هذه المذكرات انه كان يأمل فى ان يتمكن من كتابة سيرة الرسول ﷺ وخاصة المذكرة رقم (٣٠٠) التى كتبها فى دمشق فى ١٩٤٤/٢/٥ وكذلك المذكرة رقم (٣١٧) التى كتبها فى نفس العام فى دمشق ايضا بتاريخ ١٩٤٤/٤/٤ وفى كلا المذكرتين يعلن عن نيته فى ان يكتب سيرة النبى محمد ﷺ.

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى

وعلى أى أساس يكون هذا التنقيح

بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية

لحضرة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

مقدمة

المدرسة التاريخية والتقنين : ليس القانون مما يمكن حصره فى دفتى كتاب ، أو فى مجموعة من النصوص . وهذه حقيقة مفروغ منها ، ولا يمكن أن يتطرق إليها شك فى المرحلة التى وصلنا إليها من البحث العلمى . والفضل فى تقرير ذلك يرجع للمدرسة التاريخية ، وعلى راسها الفقيه سافينى (Savigny) . فقد نجحت هذه المدرسة فى اثبات أن القانون كائن حى ، ينمو ويتطور فى البيئة التى نشأ فيها ، وهو اكثر مرونة من أن يعيش فى نصوص جامدة ، ما دامت الحياة فى تطور مستمر .

على أن صوغ القانون فى نصوص مرتبة ، ووضع هذه النصوص فى مجموعة مبوبة ، وهذا ما نسميه بالتقنين (codification) ، إذا كان لا ينسجم انسجاما تاما مع هذه الحقيقة ، فإنه لا يصطدم معها . فالقانون ، وهو يتدرج فى مراحل تطوره ، يكون فى حاجة إلى أن يسجل ، فى وقت ما ، على الصورة التى وصل إليها فى ذلك الوقت ، على الا تكون هذه الصورة نهائية . فليس للقانون نهاية ، إلا إذا قيل أن العالم إذا وصل فى تقدمه إلى مرحلة معينة ، بلغ الغاية من الكمال ، وركد بعد ذلك لا يتطور .

وإذا كان سافينى قد شن الغارة على التقنين ، ونادى بافلاسه ، فإن الأيام قد اظهرت أنه لم يكن على حق فى هذه الحملة . فالفائدة العملية

للتقنين لا يمكن انكارها ، كما تشهد بذلك تجارب الأمم ذات التشريعات المقننة .

وقد ظهر أن جمع القانون يساعد كثيرا على تقريبه للجمهور ، وتمهيد سبله لمن شاء أن يعرفه ، ومعرفة القانون ضرورية فى كثير من الأحيان . ولانقول ان هذا الجمع من شأنه أن يحصر القانون فى حيز محدود المعالم ، كما زعم بنتام واوستن ، فإن القانون مهما كان جمعه متقنا ، لا يلبث أن يكسر هذه القيود ، التى أريد على أن ينكمش فيها ، فينمو إلى جانب القانون المكتوب ، قانون غير مكتوب ، هو من عمل القضاء والفقه ، قد يصل مع الزمن إلى أن يكون له المكان الأول من الخطر والاعتبار ، ولا يكون القانون المكتوب بجانبه الاصورة ناقصة أو غامضة للقانون الواقعى الذى تطبقه المحاكم .

متى يكون التقنين ضروريا : هذه نهاية لامناص من الوصول إليها . ولكن ذلك لا يعنى أن تقنين القوانين عبث لافائدة فيه ، فإن هذا التقنين مفيد ، بل هو ضرورى فى بعض الأحيان . وإذا كان بعض دعاة التقنين قد خابت آمالهم ، ولم يتحقق ما تنبأوا به ، فذلك لا يرجع لعيب فى فكرة التقنين ذاتها ، بل لأن هؤلاء الدعاة فهموا مهمة التقنين على انها حصر للقانون ، وبالغوا فى التفاؤل ، حتى توهموا أن هذا الحصر ممكن .

اما المعتدلون فقد علموا ان للتقنين مهمة غير هذا الحصر ، فهو قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون فى بلد تعددت فيه القوانين ، كما كان الأمر فى فرنسا قبل صدور قانون نابليون فى أول القرن التاسع عشر ، وكما كان الأمر في المانيا قبل صدور القانون الألمانى فى أول القرن العشرين وكما هو الأمر فى مصر حتى الآن بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية .

ويكون التقنين ضروريا كذلك إذا أريد ادخال قانون اجنبى فى بلد يحسب أنه فى حاجة إلى هذا الاصلاح ، كما تم الأمر فى مصر عندما ادخل فيها القانون الفرنسى ، أو فى تركيا عندما تطلعت إلى الغرب فى تشريعها فأدخلت القانون السويسرى برمته فى بلادها .

متى يكون التقنين مفيداً : والتقنين بعد ذلك مفيد من نواح مختلفة . فهو يساعد عامة الناس بل وخاصتهم على تعرف الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ويعين على انارة الطريق الذى يجب أن يسلكه القانون فى مراحل تقدمه ، إذ هو بتسجيله المرحلة التى وصل إليهاالتشريع وقت التقنين يكون قد رسم له بذلك خطة للسير فى مراحله المستقبلة ، فيسير على هدى الماضى متصل الحلقات .

والتقنين يساعد كذلك على تقريب قوانين الأمم المتباينة بعضها من البعض الآخر ، وهو أكبر معين على دراسة القانون المقارن ، والأداة التى يتم بها توحيد القانون فى الأمة الواحدة وبين الأمم المختلفة .

تنقيح التقنين : على أن للتقنين أضرارا ، وأهم ضرر نشير إليه هو أن القانون المجمع لا يلبث مع الزمن أن يصير قديما ، لا يعبر بأمانة عن القانون الذى تطبقه المحاكم ، كما سبقت الاشارة إلى ذلك . ولا علاج لهذا النقص إلا بالتنقيح . ومن قال بفائدة التقنين فقد قال بضرورة التنقيح .

ومن العوامل التى تجعل التعجيل بالتنقيح أمرا ضروريا سوء وضع التقنين فى مبدأ الأمر ، وعدم العناية بصوغه . وتظهر عيوب التقنين عند التطبيق ، فمتى أظهرت التجارب أنه لم يعد صالحا ؛ وجب تنقيحه تنقيحا عاما شاملا ولايمكن الاعتماد على القضاء فى ذلك . فإن القضاء إذا استطاع ، بالتطبيق الحكيم لنصوص القانون ، أن يصلح فيه عيوبا جزئية ، وأن يعالج النقص فى بعض نواحيه ، فهو لا يستطيع أن يجعل هذا الاصلاح عاما شاملاً لجميع النواحى ، وإلا خرج عن مهمته إلى مهمة التشريع ، وهى مهمة لا يصلح لها ، إذ هو بطبيعة عمله لا يضع حلولا عامة ، بل ينظر فى أقضية خاصة ، ويعطى لكل قضية حلا ذاتيا عادلا . على أنه إذا فرض أن القضاء قام بمهمة التنقيح الشامل ، فإن مزية التقنين تضيع ، لأن المقصود بالتقنين هو أن يجمع أحكام القانون كتاب واحد ، يسهل الرجوع إليه ، فإذا قام القضاء بتنقيح التقنين فى الأحكام التى يصدرها ، وهى متناثرة متفرقة ، أصبح القانون الذى تطبقه المحاكم ، وهو القانون الذى يعتد به ، مخالفا لنصوص التقنين المجموعة ، فيكون القانون الحقيقى غير مقنن ولامجموع . ويجب إذن أن نعيد جمعه من جديد ، وهذا هو التنقيح الشامل الذى نقول بضرورته .

ثم ان هناك عاملاوآخر يشجع على التنقيح الشامل، نراه فى سرعة تقدم القانون المقارن، إذ هو يخطو خطوات سريعة، ويصل إلى نتائج لم تكن معروفة من قبل، ويساعد على ذلك أن اكثر الأمم قد قامت بتقنين قوانينها، فسهلت المقارنة بين قانون وآخر، وظهرت من هذهالمقارنة عيوب ومزايا كل قانون. واصبح المشرع فى بلد لا يقدم على تشريع قبل ان يراجع مثيله فى البلاد الأخرى.

تنقيح القانون المدنى الفرنسي ومناقشة ذلك بمناسبة العيد المئينى لهذا القانون: وقد ناقش الفقهاء الفرنسيون، بمناسبة المئينى للقانون المدنى الفرنسى، وجوب تنقيح هذا القانون، بعد أن كان قد مضى قرن على وضعه، واظهرت التجارب عيوبه ومزاياه، فانقسموا فى هذا الأمر إلى فريقين، فريق يرى وجوب التنقيح، وفريق لا يرى ذلك[١].

فأما الفريق الأول فيدلل على صحة رايه بأن القانون المدنى الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ أصبح الآن لا يتفق مع القانون الذى تطبقه المحاكم، وما النصوص التى نقرأها فى قانون نابليون إلا هيكل عظمى مجرد من الحياة، إذا قيس إلى القانون الحى الذى يعمل به.

فهناك أجزاء من قانون نابليون قد ضمرت وماتت لأنها اصبحت غير صالحة للحياة، وهناك اخطاء قانونية كثيرة يجب تصحيحها. وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية عما كانت عليه فى أول القرن التاسع عشر تطورا جعل الهوة سحيقة بين الماضى والحاضر، واصبح ما كان يصلح قانوناً لجيل زراعى غير صالح لبيئة تجارية وصناعية، تكدست فيها رؤوس الأموال، وتقدمت الصناعات الكبيرة، وقامت الآلات الضخمة، واستغلت قوات طبيعية لم تكن معروفة من قبل. وترتب على ذلك أن كثرت القوانين التى عدلت من القانون المدنى العتيق، فأصبح يرزح تحت ثقل هذه القوانين التى جدت، وكادت تختفى معالمه، بعد أن غطته سيول من مبادىء جديدة، يأخذ بها القضاء والتشريع كل يوم، ليساير الزمن، ويتمشى مع تطور الحضارة. حتى جاز لنا أن نتساءل، هل يوجد حقا

---

(١) راجع آراء كل فريق فى كتاب العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٩٠١ - ص ٩٨٦.

فى فرنسا تقنين مجمع ، أم أن جزءاً كبيراً من القانون الفرنسى قد عاد إلى الحالة التى كان عليها قبل عهد التقنين : قانون غير مكتوب نتلمس أحكامه فى القضاء والعادات وفى تشريعات متفرقة متناثرة لا تناسق فيها ولا أحكام .

ويجيب الفريق الثانى بأن لا حاجة لتنقيح التقنين ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه . وكثير من الأحكام التى يقال ان هناك حاجة إلى تعديلها يمكن ان تعدل ، لا من طريق التشريع ، بل من طريق القضاء والفقه . وإذا بقيت بعض مسائل تحتاج إلى تدخل المشرع ، فهى مسائل قليلة العدد ، يمكن معالجتها بتشريع جزئى . فلا حاجة إذن للتنقيح الشامل . بل هو ضار من وجوه . فهو إذا عهد به إلى الهيئات التشريعية المعتادة ، فإن هذه الهيئات غير قادرة على ان تقوم بعمل فنى . ويرجع ذلك لطبيعة تكوينها ، ولما لها من صبغة سياسية ، تجعل عملها ناقصا من الناحية العلمية . ثم ان التنقيح إذا اريد به أن يدخل فى التشريع عنصر التجديد ، حتى يتمشى مع أحدث النظريات الفقهية ، كان فى هذا كل الخطر . فإن الفقه فى تطور مستمر ، ولا يجوز للمشرع أن يتخذ موقفا معينا بالنسبة للنظريات الفقهية ، فالفقه لا يلبث ان يأخذ بالرأى حتى يبدو فساده ، ويهجره إلى رأى آخر . فهل يغير المشرع مع الفقه كل يوم لبوسا ؟ الأولى الا يتعرض المشرع إلا للحلول العملية ، دون أن يتخذ لنفسه مذهبا فقهيا معينا ، بل يترك الفقه حرا فى صوغ نظرياته ومذاهبه . والتنقيح بعد كل ذلك يجعلنا أمام قانون جديد ، يجب تمهيد سبله ، وتفسير نصوصه ، حتى يصبح معبدا سهل المأخذ . وقد استغرق هذا العمل بالنسبة لقانون سنة ١٨٠٤ ما يزيد على خمسين عاما . فهل نبقى عقب كل تنقيح هذه الفترة الطويلة فى عمل تمهيدى . حتى إذا ما انتهينا منه وجدنا أن القانون قد قدم ، وانه فى حاجة إلى تنقيح آخر . فنراجعه وننتقل إلى عمل تمهيدى آخر . وهكذا لا نفتأ فى تنقيح مستمر ، وفى اعمال تمهيدية لا تفرغ ؟ فأين الاستقرار والثبات فى كل ذلك ، وهما من اخص ما يميز القانون الصالح للبقاء . يجب أن يستقر التقنين دهورا طويلة ، ولا يمكن عرضه للتقلقل والتزعزع ، وإلا فقد اهم مزية له . وإذا كان قد مضى على قانون نابليون قرن من الزمن ، فإنه لا يزال فى شرخ الشباب . ولا يزال

امامه قرون طوال يعيشها قبل ان يكون فى حاجة إلى تنقيح شامل ، ولقد عاش الرومان دهوراً طويلة فى ظل قانون الألواح الإثنى عشر ، فلم ينقحوها منذ وجدت ، ولم يمنعهم هذا من أن يرقوا بقانونهم رقيا كان للفقه وللقضاء فيه الأثر الأكبر . فالقانون كاللباس ، لا يتشكل على الجسم ولا يتلاءم معه إلا بطول الاستعمال . وإذا كان الفرنسيون يحتفلون بمرور مائة عام على قانونهم المدنى ، فلأنه لا يزال قانونا فتيا ، ولا يجوز يوم الاحتفال به ان يقام مأتمه . وإذا كانت بعض اجزاء القانون تحتاج إلى تعديل حتى تماشى الزمن ، فلا بأس من إجراء هذا التعديل الجزئى ، ولكن لا ينبغى ان يهدم البناء كله لادخال بعض تغييرات ثانوية فى ترتيب هذا البناء .

وإذا كان لنا أن نوازن بين حجج الفريقين ، فنحن نميل إلى الجانب الأول . ونرى ان القانون المدنى الفرنسى فى حاجة إلى تنقيح شامل ، وهو اشد حاجة إلى هذا التنقيح فى الوقت الحاضر . حيث غيرت الحرب الكبرى كثيرا من النظم الاقتصادية والاجتماعية ، واصبح الفرق محسوسا بين حضارة سنة ١٩٠٤ وحضارة اليوم . فهى لا تهمنا إلا بالقدر الذى يصلها بمسألتنا نحن ، فإذا ثبت ان القانون الفرنسى ذاته فى حاجة إلى تنقيح شامل ، كان القانون المصرى ، وهو صورة منه تكاد تكون مشوهة ، أشد حاجة إلى ذلك

وان من يتمعن فى حجج خصوم التنقيح يجدها تتلخص فيما يأتى (١) لا حاجة إلى التنقيح مادام الفقه والقضاء يقومان به كل يوم ، ويكفى تعديل بعض نواحى القانون تعديلا جزئيا بتشريعات خاصة . (٢) ليس من الصواب ان يكون التشريع ظلا للنظريات الفقهية المتغيرة ، الأولى الا يحوى إلا القواعد العملية (٣) التنقيح الشامل لابد من ان يقره البرلمان . والبرلمان ليس آلة صالحة للتشريع المدنى (٤) إذا تم التنقيح فلا بد من مضى وقت طويل حتى يوطأ سبيل القانون الجديد .

والمتأمل فى هذه الحجج لايجدها مقنعة ، واكثرها فى الواقع ينصب ، لا على تنقيح التقنين ، بل على فكرة التقنين ذاتها . وقديما كان للتقنين خصوم اعترضوا عليه بمثل هذه الحجج ، ولكن التجارب اثبتت فسادها ، فمتى سلمنا بأن التقنين مفيد ، كان لا بد لتمام فائدته من أن ينقح

من وقت لآخر ، وإلا ضاعت مزيته الكبرى ، وهى أن يكون صورة صحيحة للقانون الذى يطبق فى العمل .

وقد بين انصار التنقيح أن الاكتفاء بتعديل جزئى فى بعض نواحى التقنين يجعل القانون متناقض الأجزاء ، متنافر التركيب . كما أن ترك امر التنقيح للفقه والقضاء من شأنه أن يفقد التقنين مزيته ، إذ تصبح القواعد القانونية غير ثابتة ولامستقرة ، ولا يستطيع احد أن يعرف ماذا يقضى به القضاء غدا ، وهل يبقى على قضاء اليوم ، أم يعدل عنه ، وتغير القضاء فيه خطر كبير على استقرار المعاملات ، لأن له اثرا رجعيا ليس للتشريع . اما الخوف من ادخال نظريات جديدة عند التنقيح ، فخوف مبالغ فيه ، إذ يجب عند التنقيح الا يدخل فى القانون إلا ما استقر وثبت من الأحكام . اما النظريات الاجتماعيةوالاقتصادية التى لا تزال محلا للنزاع ، فلا يجوز إتخاذ موقف معين بالنسبة لها عند التنقيح ، بل يجب تركها يضطرد تطورها ، وتتمحص الآراء فيها . اما أن البرلمان آلة غير صالحة للتشريع المدنى ، فمن السهل الاجابة على هذا الاعتراض بأن الاجراءات البرلمانية المعتادة يمكن أن يدخل فيها شىء من التعديل يجعلها تتفق مع طبيعة التشريع المدنى عند نظر هذا التشريع . كذلك الاعتراض بأن التنقيح يجب أن يعقبه تنقيحات اخرى واعمال تمهيدية جديدة متكررة إنما هو اعتراض على التقنين فى ذاته لا على تنقيح التقنين .

مراجعة القانون المدنى المصرى : على انه مهما يكن من شك فى حاجة القانون الفرنسى إلى التنقيح ، فلا شك فى حاجة القانون المصرى إلى ذلك لاعتبارات خاصة به . وهذا ما نتولى الآن بحثه ، فنبين أولا ما الذى يدعونا إلى القول بوجوب تنقيح قانوننا المدنى ، ثم نبسط بعد ذلك رأينا فى الأساس الذى يجب أن يبنى عليه هذا التنقيح .

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى

الآراء المختلفة فى هذا الموضوع

ناقش هذه المسالة الخطيرة فريق من كبار المشتغلين بالقانون المصرى الأجانب، منهم الأساتذة بيولا كازيللى[١] ومسينا[٢] ووالتون[٣] وبوابيه[٤]. فكان الأولان من خصوم التنقيح والأخيران من انصاره.

ويعزز الأستاذ ببولا كازيللى، وهو من خصوم التنقيح، رايه بالحجج الآتية:

١ - إذا اردنا أن نستند، فى تنقيح القانون المدنى المصرى، الى التشريعات الأوروبية التى قننت قبل الحرب، فهى قوانين قد صيرتها الحرب قديمة عتيقة. وإذا اردنا الاستناد الى القوانين الناشئة بعد الحرب، فهى قوانين لم يطل بها العهد حتى تستقر، ولم يمض عليها وقت كاف حتى نجزم بصلاحيتها (ونلاحظ هنا ان الأستاذ بيولا كازيللى كان يبدى هذا الراى فى سنتى ١٩١٩ و ١٩٢١).

٢ - ليست عيوب القانون المدنى المصرى بالقدر الذى تصوره النقاد عادة، بل أن فيه من المزايا ما يجعله متقدما على القانون الفرنسى نفسه فى بعض النواحى.

ليس التنقيح بالأمر السهل، وقد أحجم عنه المشرع الفرنسى نفسه، مع أن تقنينه اقدم. من التقنين المصرى. وتزيد الصعوبة أمام المشرع المصرى، إذا لاحظنا ما يجب عليه من مراعاة حالة مصر الخاصة، والتوفيق بين التشريعات الأوروبية والعادات والتقاليد المصرية، مع افساح جانب للشريعة الاسلامية إذ هى شريعة البلاد الأصلية، وقد صار

---

(1) PIOLA CASELLA: L'Egypte Contemporaine 1919, No, 42; 1921 No. 57.

(2) MESSINA: L'Egypte contemporuine 1920 no. 59.

(3) WALTON: L'Egypte Contemporaine 1916 No. 26 (voir aussi la note présenée par M. Walton à la Commission des capitulations en 1920).

(4) BOYÉ: L'Egypte Contemporaine 1930, XXII (p.p. 27-29).

لها بين المصريين من الجيل الجديد دعاة أكثر تحمسا وأشد ثباتا وأقوى حجة .

٤ ـ إذا فتح الباب لتنقيح القانون المصرى فلا بد من دخول القانون من هذا الباب ، ولا سبيل للتوفيق بين مبادىء هذا القانون ، وهو فردى النزعة ، يعطى القاضى أوسع الحرية ، ومبادىء القوانين اللاتينية التى هى أكثر اتفاقا مع عقلية الأمة المصرية وتكوين القضاة المصريين واستعدادهم .

ويضيف الأستاذ مسينا حجة أخرى ، فهو يرى أن تنقيح القوانين الد ... ية فى الوقت الحاضر سابق لأوانه . إذ يجب أن نمهد لها بدراسة هـ ... لقوانين دراسة مستقلة فى ضوء القضاء المصرى حتى نصل بذلك إلى تمصيرها .

أما الأستاذ والتون فهو من دعاة التنقيح الشامل . وحجته فى ذلك أن هذا التنقيح التشريعى أفضل بكثير من ترك الأمر للقضاء ، فتفسير القضاء غير ثابت ولا مستقر ، هذا إلى أن التنقيح يمكننا من الاستفادة من التشريعات الحديثة التى جدت بعد وضع القوانين المصرية .

وينصح الأستاذ بوابيه باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى تشريعا عصريا يعدل التقنين فى باب الالتزامات والعقود ، حتى يمهد بذلك سبيل توحيد القانون بين الأمم المتاخمة للبحر الأبيض المتوسط .

ونحن لا نرى فى حجج خصوم التنقيح ما يقنع ، فقد مضى على الحرب الكبرى خمسة عشر عاما استطاع العالم فى غضونها أن يتبين أثر هذه الحرب فى النظم القانونية . كما أن صعوبة التنقيح لا تصلح حجة للعدول عنه ، وإلا امتنع القيام بهذا العمل فى أى وقت رغما من ظهور الحاجة إليه . وترك الأمر للمحاكم المصرية ، تصلح من عيوب التشريع ، وتستعين فى ذلك بقواعد العدالة ، معناه أننا قد فقدنا مزية التقنين ، وعلينا أن نتلمس قانوننا فى قضاء المحاكم .

وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون ، إذا قلنا

ان التقنين المدنى المصرى فى أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع[١]، ولكن لا على اساس النقل الحرفى من القوانين الأوروبية، بل على اساس آخر، نبينه بعد ان نبسط الأسباب التى تدعونا إلى القول بوجوب التنقيح.

الاسباب التى تدعو لمراجعة القانون المدنى المصرى: أما هذه الأسباب فنرجعها إلى امرين: (أولا) كان التقنين المدنى المصرى فى وضعه صورة ممسوخة من التقنين الفرنسى، تسرع واضعه فى صياغته، ولم يكن عنده من الوقت ولا من الاستعداد مايكفى للقيام بعمل متقن. وهو بعد لا يشمل كل أجزاء القانون المدنى، إذ ينقصه نحو النصف، وهو القسم الخاص بالأحوال الشخصية. وقد تعدد تعددا معيبا، فهناك تقنين يطبق على المصريين وحدهم، وتقنين آخر، يختلف بعض الاختلاف عن الأول، يطبق على المصريين والأجانب. (ثانيا) لا شك فى أن تقدم علم القانون المقارن، والتشريعات الحديثة التى جدت منذ صدور القوانين المصرية، يفيد كثيرا فى مراجعة التقنين المدنى المصرى. فكما نستطيع أن نستفيد من الشريعة الاسلامية، وهى شريعة البلاد الأصلية، ومن تجاربنا الخاصة التى نتلمسها فى قضائنا، يمكننا ايضا أن نستنير بضوء تجارب الأمم الأخرى. ولاشك فى أن رقى تشريعات هذه الأمم، وتقدمها على التقنين الفرنسى تقدما محسوسا، من الأسباب القوية التى تدعونا إلى تنقيح تقنيننا، حتى ندخل فيه ما استحدث من النظم القانونية مما نراه صالحا لنا. فنمشى بذلك مع التطورات الحديثة فى علم القانون.

---

(١) يسونا أن نسجل هنا تصريحا لوزير الحقانية، تضمنته الخطبة التى القاها فى عيد الاحتفال الخمسينى بالمحاكم الأهلية. فقد جاء فيها ما يأتى: «اما من حيث التشريع، فان القوانين التى وضعت عند انشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب، لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها. وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها، حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتمدينة، وستؤلف لجنة خصيصا لهذا الغرض من رجال خبيرين اكفاء» (انظر ص ٧ من الكتاب الذى تضمن الخطب التى القيت فى هذا الاحتفال).

وها نحن نتبسط فى تفصيل كل من هذين الأمرين.

اولا : عيوب التقنين المدنى المصرى

كيف وضعت التقنينات المصرية : لمحة تاريخية

غموض هذا التاريخ : لايزال تاريخ وضع التقنينات الأهلية غامضا، ويرجع ذلك إلى أن واضعى هذه التقنينات لم يحرصوا على ترك أعمال تحضيرية للأجيال المقبلة، يتبينون منها كيف وضعت.

كيف وضعت التقنينات المختلطة : وقد صيغت التقنينات الأهلية على مثال التقنينات المختلطة، وهى فى أكثر أجزائها مجرد نقل عن هذه، وان كانت توجد بعض الفروق بينهما. على أن التقنينات المختلطة نفسها ليست لها اعمال تحضيرية، وقد وضعها محام فرنسى، اسمه الأستاذ مانورى (Manoury)، كان مقيما فى الاسكندرية، واتخذه نوبار سكرتيرا له، ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر. وتاريخ انشاء هذه المحاكم معروف، وهو مدون فى كثير من الكتب. والذى يستخلص من هذا التاريخ أن مجهود نوبار كان موجها إلى الاتفاق مع الدول ذوات الامتيازات على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، وتحديد اختصاص هذه المحاكم. اما القوانين التى تطبق فلم تنل اية عناية من جانب الطرفين المتفاوضين، وقد اكتفيا بتقرير وجوب استمداد هذه القوانين من التقنينات الفرنسية، إذ كانت أكثر القوانين شيوعا فى ذلك العهد، وكانت الجالية الأجنبية فى مصر، واربعة اخماسها من اليونانيين والفرنسيين والايطاليين، تؤثرها على غيرها من القوانين. هذا إلى أن المشرع المصرى والمشرع العثمانى كانا قد نقلا عن هذه التقنينات فى عهود سابقة، لا سيما القانون التجارى، وصار من المألوف إلى حد كبير أن تطبق القوانين الفرنسية فى مصر.

من اين اخذت هذه التقنينات : وقد نقل واضع التقنينات المختلطة نصوصه من القوانين الفرنسية للأسباب المتقدمة بعد ان اختصرها اختصارا مخلا فى كثير من المواضع، ونقل فى بعض المسائل عن القضاء الفرنسى، واقتبس بعض الأحكام من الشريعة الاسلامية، واخذ عن التقنين الايطالى الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ بعض النصوص.

ترجمتها إلى اللغة العربية : وكلفت الحكومة المصرية لجنة مشكلة من بعض كبار المترجمين وبعض علماء الأزهر (نذكر من بينهم محمد قدرى باشا وحسين فخرى باشا وبطرس غالى باشا) بترجمة التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية . وكانت التقنينات الفرنسية قد ترجمت قبل ذلك[١] .

فوضى القضاء فى ذلك العصر : ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد إلى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى . وقد كتب الكثير عن هذه المجالس التى كانت تلى امور القضاء إلى جانب المحاكم الشرعية ، قبل انشاء المحاكم الأهلية ، وكيف كان العدل فيها ضائعا ، والفوضى مستحكمة . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى .

لجنة تحضير المحاكم الأهلية : ولا شك فى ان العصر الذى نتكلم عنه يعتبر بحق عصر « الاصلاح القضائى » فى مصر ، فقد كان الجو مشبعا بفكرة هذا الاصلاح ، وكان هم الحكومة المصرية هو ان تنفذ الخطط التى وضعتها لذلك ، فتألفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب . وكان بين اعضاء هذه اللجنة فاشر (Vacher) النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وموريوندو (Moriondo) (وهو الذى تولى وضع القانون المدنى ، وكان محاميا ايطاليا ، عين قاضيا بمحكمة الاسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، واستمر يتقلب فى الوظائف القضائية حتى وصل إلى منصب وكيل

---

(١) فترجم القانون المدنى الفرنسى رفاعة بك رافع وعبد الله بك واحمد افندى حلمى وعبد السلام افندى احمد . وترجم قانون المرافعات ابو السعود افندى وحسن افندى فهمى . وترجم قانون العقوبات قدرى باشا . وترجم قانون تحقيق الجنايات صالح مجدى بك . وجمعت هذه التراجم وطبعت بالمطبعة الأميرية فى سنة ١٢٨٣ هجرية

محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفى سنة ١٩١١) ، ولو (Law) من قضاة المحاكم المختلطة فى ذلك الوقت ، وبطرس غالى[١] وقد كان إذ ذاك وكيلا للحقانية . وكان المرحوم قدرى باشا ناظرا للحقانية فى ذلك العهد ، وقد اشترك مع اللجنة فى عملها . وتقيدت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة ، إلى حد أنها كادت تنقلها بحروفها ، على أنها أدخلت بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ . وقد كلف فاشير بوضع قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، وكلف موريوندو بوضع القانون المدنى وقانون المرافعات ، واشترك قدرى باشا فى وضع القانون المدنى وقانون تحقيق الجنايات والقانون التجارى .

لائحة سنة ١٨٨١ : واتجهت عناية اللجنة بنوع خاص إلى وضع لائحة لترتيب المحاكم الجديدة ، وقد صدرت هذه اللائحة بالفعل فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ . وعين على أثر صدورها النائب العمومى لدى هذه المحاكم الجديدة (اسماعيل يسرى باشا) وبعض رؤساء وأعضاء النيابة الأهلية .

الثورة العرابية : ومن ذلك نرى أن انشاء المحاكم الأهلية نبتت قبل دخول الانجليز فى مصر ، وقام رجال ذلك العهد بتنفيذها فعلا ، ووصلوا فى ذلك إلى حد تعيين أعضاء النيابة . ولو أن الثورة العرابية أمهلتهم لأكملوا تنفيذها .

لائحة سنة ١٨٨٣ : ولكن هذه الثورة مالبثت ان هدأت ، فرجعت الحكومة المصرية إلى المضى فى عملها ، وكان ناظر الحقانية حينئذ هو حسين فخرى باشا وناظر النظار هو محمد شريف باشا ، وكانا متفائلين كل التفاؤل بالنتائج التى تجنى من وراء انشاء هذه « المحاكم المستجدة » ،

---

(١) وقد استرشدت اللجنة بآراء الشيخ البحراوى مفتى نظارة الحقانية فى ذلك العهد فى المسائل التى يرجع فيها إلى احكام الشريعة الاسلامية (انظر مذكرات الأستاذ صادق فهمى بك فى تاريخ القانون المدنى المصرى ص ٢٨١ - ٢٨٤ . وقد نقل هذه الوقائع من حديث له مع صاحب الدولة يوسف وهبه باشا الذى كان سكرتيرا لنظارة الحقانية فى ذلك العهد ، ومع صاحب السعادة محمد صدقى باشا الذى كان موظفا بقلم الترجمة بنظارة الحقانية) .

إلى حد انهما كانا يظنان أن هذه المحاكم لا تلبث ان تغنى عن المحاكم المختلطة بعد بضعة من الشهور[١]. وفى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ صدرت لائحة اخرى لترتيب المحاكم الأهلية غير اللائحة التى صدرت فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨١ ، وهى لا تشير إلى اللائحة الأولى ، ولا يفهم منها أنها جاءت بعد لائحة سابقة (إلا فى النص الفرنسى ، وفى العنوان فقط ، حيث استعملت كلمة Réorganisation ومعناها إعادة التنظيم) ، لذلك كان أمر صدور اللائحة الأولى الذى يثبت أن المحاكم الأهلية قد أنشئت قانونا قبل دخول الانكليز فى مصر ، غير معروف معرفة كافية فى الأوساط القانونية فى مصر . وتختلف اللائحة الثانية ، وهى المعمول بها حتى اليوم ، عن اللائحة الأولى فى بعض مسائل ، اهمها أن اللائحة الأولى كانت تنص على إنشاء محكمة تمييز (محكمة النقض والابرام) لم تنص عليها اللائحة الثانية ، ومنها أن السودان كان داخلا فى الاختصاص القضائى للمحاكم الأهلية بموجب اللائحة الأولى دون الثانية (إذ لم تكن ثورة المهدى قد شبت فى السودان) ، ومنها أن ترتيب المحاكم كان يختلف بعض الاختلاف فى لائحة عما هو فى الأخرى ، ومنها ان لائحة سنة ١٨٨١ كانت تنص على إنشاء محاكم إدارية تنظر فى قضايا الحكومة وقد جاء لائحة سنة ١٨٨٣ خلوا من ذلك .

التقنينات الستة الأهلية : ثم صدرت بعد ذلك التقنينات الستة التى حضرت فى العهد الأول (فى سنة ١٨٨١) ، وكان صدورها سريعا ، عند ما احس شريف باشا انه معتزل الحكم لرفضه التخلى عن السودان ، وان الانجليز لا ينظرون بعين الرضاء إلى محاكم اهلية تنشأ على النظام

---

(١) وهذا نص الحديث الذى دار بين فخرى باشا وشريف باشا فى هذا الصدد عند انعقاد مجلس النظار فى اواخر سنة ١٨٨٢ : فخرى باشا : «لى امل بأنه مع اعتدال محاكمنا الأهلية التى تنشأ على النظام الجديد . وقيامها بحق واجباتها ، بموجب ذات القوانين المتبعة فى المحاكم المختلطة ، يتيسر للحكومة الاستغناء عن المحاكم المختلطة ببرهان عدم الحاجة اليها» . شريف باشا : «يلزمنا تشكيل محاكمنا الأهلية وانتظامها ، بحيث مع سيرها المنتظم ، يمكن الاستغناء عن المحاكم المختلطة بعد ثلاثة او اربعة اشهر ، اولى من بقائها على الدوام ، ودوام العار علينا بوجود محاكم دولية» .

ويفهم من حديث فخرى باشا ان نقل التقنينات المختلطة كان مقصودا ، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن المحاكم المختلطة ، والاكتفاء بالمحاكم الأهلية .

الفرنسي ، وتتخذ القوانين الفرنسية تشريعا لها ، وهم يطمعون أن يدخلوا القانون الانجليزى فى هذا النظام الجديد ، حتى يبسطوا رقابتهم على المحاكم الجديدة . فبادر فخرى باشا ، (وهو وقدرى باشا رجلان يجب ان يقترن اسماهما بالمحاكم الأهلية) إلى استصدار التقنينات الأهلية فى أواخر سنة ١٨٨٣[١] .

افتتاح المحاكم الأهلية : وفى يوم الاثنين ٣١ ديسمبر ١٨٨٣ احتفل توفيق باشا خديوى مصر بافتتاح محكمة استئناف مصر الأهلية ومحكمتها الابتدائية ، وحلف قضاة الاستئناف والنائب العمومى أمامه اليمين فى سراى عابدين ، وأعلن فخرى باشا فى سراى محكمة الاستئناف افتتاح هاتين المحكمتين رسميا فى نفس اليوم[٢] . وبعد ذلك ببضعة أيام سقطت وزارة شريف باشا . ولكن انشاء المحاكم الأهلية صار أمرا واقعا[٣] .

---

(١) ومما هو جدير بالذكر ان التقنينات الأهلية وضعت اولا باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت بعد ذلك . وفى حديث صاحب الدولة يوسف وهبة باشا للأستاذ محمد صادق فهمى بك (وهو الحديث الذى سبقت الاشارة إليه) أن يوسف وهبه باشا نفسه هو الذى كلف بترجمة القوانين الأهلية ، مسترشدا فى ذلك بترجمة القوانين المختلطة التى سبق ذكرها . وبعد ان اتم مهمته ، تشكلت لجنة من مصطفى رضوان بك (أحد تلاميذ رفاعة بك) ومحمد عبد السميع (من رجال القضاء) وامين فكرى باشا (من اعضاء النيابة المختلطة) وتادرس بك ابراهيم (مترجم بالمحاكم المختلطة) ، وراجعت الترجمة ، ثم صدرت الأوامر بالقوانين الأهلية ، وقد صدر القانون المدنى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ . والقوانين الخمسة الأخرى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ .

(٢) ثم افتتحت بقية محاكم الوجه البحرى بعد ذلك بقليل . ولم تفتتح المحاكم الأهلية فى الوجه القبلى إلا فى سنة ١٨٨٩ ، وبافتتاحها اصبحت المحاكم الأهلية الجديدة منتشرة فى جميع البلاد .

(٣) مينار (Minnaert) وهو قاضى بلجيكى ، عين مستشارا فى محكمة الاستئناف الأهلية فى اول انشائها ، ووضع كتابا عن انشاء المحاكم الأهلية اسمه « القاهرة والقضاء الدولى فى مصر » (Le Cairo et la Justice nationale en Egypte) فى كتابه ما يأتى : « ... وظهر نشاط غير معتاد ، فاشتريت سراى للمحكمة ، وتمت التعيينات لمناصب القضاء فى سرعة تامة ، وصدر دكريتو فى ٣٠ ديسمبر يعلن افتتاح المحاكم فى الغد . فقد كان فخرى باشا يحس الخطر . وقد سقطت وزارة شريف بعد ذلك بخمسة أيام . ولو لم يصبح انشاء المحاكم الأهلية حقيقة واقعة عند تولى نوبار باشا للوزارة ، لما أحجم هذا عن أن يحول دون افتتاحها ، مجاملة منه لانجلترا ، ولأن هذه المحاكم ليست من عمله » . (انظر ص ٣٣٣ من الكتاب المذكور) .

=

والذى يهمنا من التقنينات الستة المتقدمة الذكر هو التقنين المدنى . ولا شك فى أن التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل ان نسترسل فى بيان هذه العيوب ، نحب ان نقدم كلمة انصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ ، فمهما كان شأن العيوب التى نشير اليها - وهى جسيمة كما سنرى - فلا شك فى ان الجيل المصرى الذى تلقى هذا التقنين فى أواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فأعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء إذ أحست أنها تستقبل عهدا جديدا من الاصلاح . ولم يكن لأحد ان يؤمل انتقال البلاد طفرة واحدة

= ويذكر المؤلف فى كتابه كثيرا من الوقائع تدل على أن نوبار باشا ، وقد تولى الوزارة بعد اعتزال شريف باشا ، اخذ يناهض المحاكم الأهلية الناشئة ، ويناصبها العداء . وقد اغمض الانجليز اعينهم عن ذلك ، حتى تسود الفوضى فى المحاكم الأهلية ، فتتولى هى امر الرقابة عليها .

من ذلك أن نوبار باشا اضطر اسماعيل يسرى باشا الى الاستقالة من منصب رئيس محكمة الاستئناف ، لأنه ابى ان يسمع مرافعة باللغة الفرنسية من مندوب أوفده نوبار عن الحكومة المصرية . وكانت حجة الرئيس فى ذلك أن اللغة العربية هى اللغة الرسمية للمحاكم الأهلية ، فلا يجوز سماع المرافعات بغيرها ، ولم يسمح لمندوب الحكومة المصرية الا بتقديم مذكرة باللغة الفرنسية .

ومن ذلك أن دائرة الاستئناف ، تحت رئاسة حسين واصف بك ، حكمت فى احدى القضايا ضد رجل ارمنى ، فذهب هذا يشكو لمواطنه نوبار ، فانتشرت الاشاعات بعد ذلك بقليل ، تذيع أن رئيس الدائرة قد ارتشى ، وقد ابى نوبار ان يجرى تحقيقا فى هذه المسألة بعد أن طلب منه ذلك حسين واصف بك ، بل اكتفى بنقله الى المحاكم المختلطة ، فأبت هذه المحاكم قبوله قبل إجراء تحقيق يثبت براءته ، وترتب على ذلك أن الرجل فقد منصبه فى المحاكم الأهلية ، ولم يحصل على منصب فى المحاكم المختلطة . ومما هو جدير بالذكر ان الحكم الذى اصدرته دائرة حسين واصف بك ، والذى اتهم فيه بالارتشاء ، ايدته دائرة أخرى من دوائر الاستئناف ، عند رفع الأمر اليها من طريق التماس اعادة النظر .

ومن ذلك أن نوبار عين حاجبه مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية !! وكان هذا الحاجب عينا له على مستشارى المحكمة .

ونحن نحيل القارىء على هذا الكتاب الممتع ، فقد ورد فيه كثير من الوقائع الشيقة المتعلقة بانشاء المحاكم الأهلية ، والخاصة برجال ذلك العهد .

الى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية .

فقوانين «الاصلاح» المختلطة والأهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسنا محسوسا بالنسبة لأسواء الماضى(١) .

على أنه بعد أن اطمأنت البلاد الى تشريعها ونظمها الجديدة ، وألفت الأجيال التالية أن ترى محاكم منظمة ، وقوانين مستمدة من أرقى شرائع العالم واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون

---

(١) ومما يدل على أن الجيل الذى تلقى القوانين الجديدة قد رحب بها ، ما ننقله هنا عن جريدة الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ ٣ صفر سنة ١٢٩٨ (٤ يناير سنة ١٨٨١) عدد ١٠٠٣ ، فقد ورد فيها ما يأتى : «اصلاح قوانين المجالس المحلية : اقبلت علينا بشائر الاصلاح ، إذ ورد الينا من مقام رسمى أن قوانين اصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها ، وان العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب ، ولا ريب أن هذا يكون من أعظم الاصلاحات التى اسستها هيئة الحكومة الحاضرة ، فان اختلال القوانين واجمالها وابهامها ونقصها مما يؤدى لضياع الحقوق ، وامتداد يد التعدى ، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك . فاذا تعينت الحدود ، وتبينت وجوه الأعمال ، ووقف كل أحد على ما رسم به القانون ، سارت الأعمال على الاستقامة وقوى الضبط ، وقل الخلط والخبط . خصوصا إذا انتشرت القوانين ، وصارت فى أيدى العامة والخاصة يتداولونها ، ويدركون مغزى ما كتب بها . وقد كان الناس فى حرج وضيق صدر من تشتت القوانين واللوائح والتعليمات ، وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص ، حتى لا يكون لعديم الذمة قدرة على محاولته . وهذه نظارة الحقانية أصدرت هذا المنشور للمراكز المحلية ، تخبرهم أن ترتيب القوانين قد أشرف على التمام ، فتعجلوا بانهاء القضايا الموجودة قبل صدور القوانين ، كيلا يكون العمل إذ ذاك على نوعين» .

وهذا هو رأى الكثيرين ممن درسوا هذه المسألة : انظر ارمانجون فى العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٤٧ - فان اكر فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٩٦ - وبيولا كازيللى فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٧ .

وقد دافع منشينى (فى تقريره الذى قدمه لمجلس النواب الايطالى فى سنة ١٨٧٥ عن انشاء المحاكم المختلطة) عن تقيد مصر بالقوانين الفرنسية ، فذكر أن هذه القوانين ، مهما كانت معيبة ، قد جربت واثبتت التجارب صلاحيتها ، وأنه خير لمصر أن تأخذ بهذه القوانين الناقصة ، على أن تصلحها فيما بعد ، من أن تندفع إلى الأخذ بقوانين جديدة لم تجرب .

بالقانون يشعرون بما فى القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة، لم يكن يتسنى للجيل السابق، فى أول عهده بهذا النظام، أن يحسها. فالآن. وفى ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى، وظهرت عيوبه من نواح مختلفة، يحق لنا أن نكون أقسى فى الحكم على هذا النظام، وأن نتطلع الى مثل أدنى للكمال، وألا نقنع بما قنع به آباؤنا، فالزمن حركة، والوقوف عند الماضى جمود.

لذلك يحق لنا أن نبين، فى شىء من الاسهاب، عيوب تقنيننا المدنى، وندل على ما فيه من النقص، متخذين فى ذلك معيارا يتفق مع ما وصل اليه علم القانون من الرقى فى العصر الحاضر. ولا نقتصر على معيار القانون الفرنسى، فهو قانون عتيق، قد ظهرت عيوبه للجميع.

وعيوب تقنيننا تتناول الموضوع والشكل(١).

---

(١) وقد حمل كثير من الكتاب على التقنين المدنى المصرى، وبينوا عيوبه، ولكنهم اقتصروا فى ذلك على الاجمال دون التفصيل: انظر المرحوم فتحى زغلول فى القانون المدنى ص ٣ وص ٥ - الأستاذ حلمى عيسى باشا فى البيع ص ٤ وما بعدها - الأستاذ محمد صادق فهمى بك فى تاريخ القانون المدنى ص ٢٦١ - ٢٦٢ - هالتون جزء ١ كلمة تمهيدية ص ٢٠ - ١ط - ارمانجون فى العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى ط ص ٧٥٦ - مسينا فى شرح القانون المدنى المختلط ١ ص ٢٣ط - ٢٤ و ص ٤٣٩ - الأستاذ عبد السلام ذهنى بك فى مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة (باللغة الفرنسية) جزء ١ ص ٧٩ - هريروس فى نقص التشريع المختلط فى الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم المختلطة ص ٤٤٣ وما بعدها - تقرير المستشار القضائى للحكومة المصرية سنة ١٩٠٤ (النسخة العربية ص ٤٨).

على أننا لا نريد أن نغمط تقنينناحقه، فهو فى بعض المسائل قد جارى ما ادخله القضاء والفقه من التعديل على التشريع الفرنسى، فترتيبه لمصادر الالتزام (م ٩٣/١٤٧) ادق من ترتيب التقنين الفرنسى. وجعله المحل والسبب ركنين فى الالتزام (م ٩٤ - ٩٥/١٤٨ - ١٤٩) صحح خطأ المشرع الفرنسى الذى جعلهما ركنين فى العقد. وفصله نظرية الالتزام عن نظرية العقد احتراز من خلط معيب وقع فيه التشريع الفرنسى. وقد أخذ مشرعنا عن القضاء الفرنسى (لا عن التشريع) بعض مسائل هامة، نذكر منها عيوب الرضا (م ١٣٤ - ١٣٦/١٩٤ - ١٩٦) والهبة المستترة (م ٤٨/٧٠)، والتضامن فى المسئولية التقصيرية (م ١٥٠/٢١١)، وجواز تعديل اجر الوكيل (م ٥١٤/٦٢٨)، والمصاريف الفاحشة فى بيع الوفاء (م ٣٤٤/٤٣٠) وحق امتياز المقاول من الباطن (م ٤١٥/٥٠٧).

عيوب التقنين المدنى من حيث الموضوع :

بيان هذه العيوب : يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص ، ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحددة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، دون ان يتنبه الى ما ادخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض اخطاء معيبة كان من الهين أن يتجنبها المشرع المصرى لو اصطنع الأناة وحرص على الاتقان . وما كل هذا الا بعض ما يقال فى عيوب هذا التقنين .

النقص : أما النقص فيرجع بعضه الى أن تقنيننا المدنى لاتتناول نصوصه الا المعاملات دون الأحوال الشخصية . وبين الدائرتين دائرة مشتركة يغفلها تقنيننا . فإذا تلمسناها فى قانون الأحوال الشخصية ، وجدنا الشريعة الاسلامية تقرر فيها مبادىء تتناقض تناقضا أساسيا مع مبادىء القانون الفرنسى . فنقع فى حيرة وارتباك ، ونتساءل أأراد المشرع أن يكل حل ما أغفله الى مبادىء الشريعة الاسلامية ، أم الى مبادىء القانون الفرسنى ؟ أنطبق على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الورثة مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة الا بعد سداد الدين ، أم مبدأ القانون الفرنسى الذى ينقل الحقوق والديون الى الورثة ؟ ثم هل تنتقل الالتزامات بوجه عام الى ورثة المدين ؟ وأى مسائل الهبة تطبق عليها احكام الشريعة الاسلامية ، وأيها تنطبق عليه مبادىء القانون الفرنسى ؟ وأى تقادم يسرى على الأموال الموقوفة ، أتقادم الشريعة الاسلامية وهو ثلاثة وثلاثون عاما ويمنع من سماع الدعوى ، أم تقادم القانون المدنى وهو خمسة عشر عاما ويكسب حق الملكية ؟ كل هذه مسائل تضاربت فيها الأحكام ، وإذا كانت قد استقرت فى بعضها ، فهى متقلقلة فى البعض الآخر . ولايزال التشريع المصرى فى حاجة الى كثير من الوضوح والبيان ، حتى فيما استقر عليه القضاء من هذه المسائل .

* وقد عدد الاستاذ بيولا كازيللى (فى مقاله المنشور بمجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٨) سبعة واربعين مسألة تفصيلية ، نقلها عن كتاب الأستاذ والتون فى الالتزامات ، وذكر ان الأستاذ والتون راى ان التشريع المصرى متقدم فيها عن التشريع الفرنسى .

ولكن معظم النقص الذى نشكو منه يرجع الى سبب آخر ، هو قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذى قطع مراحله علم القانون فى العصر الحاضر ، فهو منقول عن القانون الفرنسى ، والقانون الفرنسى وضع أول القرن التاسع عشر . فلا يزال أمام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره ان يقطع هذه المرحلة الطويلة التى قطعها علم القانون فى قرن وثلث قرن . وهذه اجيال طويلة ، ارتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن احد يتوقعه . وسنرى ، عندما نعرض لموضوع القانون المقارن وتقدمه ، أن هناك مسائل كثيرة ، نحن فى حاجة الى أن نأخذها لا من القانون الفرنسى التعيق ، بل من التشريعات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيا محكما . ونكتفى عنا بالاشارة الى بعض هذه الثغرات التى يجب أن نسدها فى تقنيننا . فهناك نظريات عامة ، قد استقرت فى القانون ، واصبحت تراثا لجميع الأمم ، لانجد لها اثرا عندنا ، او نجد اثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقواعد حماية الملكية الفنية والأدبية والصناعية والتجارية ، ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة فى التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق ، وإقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود بالعقود المجردة ، وبعقود الاذعان ، ونظرية التهديد المالى ، ونظرية الالتزامات الطبيعية ، كل هذه نظريات لاحظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لايجوز اغفالها فى تشريع حديث ، يتضمن ثمرة مجهود علماء القانون فى هذه العصور الأخيرة . هذا إلى أن تقنيننا ، فى موضوع من أهم موضوعات القانون ، هو موضوع العقد ، وفى مسألة من ادق مسائل هذا الموضوع ، هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا ، لا يفسره الا تقليد اعمى للقانون الفرنسى ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى فى المزالق التى وقع فيها . وقد كتبنا عن هذه المسألة فى كتاب الالتزامات (جزء أوّل فقرة ٢٣٥) ما يأتى : «ونلاحظ ان القانونين الفرنسى والمصرى لم يتعرضا بنص لهذا الموضوع الذى يعد من ادق موضوعات العقد ، بل تركا الأمر للفقه والقضاء ، وذلك بخلاف التشريعات

الحديثة ، كالقانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، تبين كيف يصدر الايجاب ، ومتى يكون ملزما ، والى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء كان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد ، أو كانا غير موجودين فى مجلس واحد »(١).

وهناك موضوعات منفصلة عن التقنين المدنى يجب ادماجها فيه ، كقانون الشفعة ، وقانون التسجيل ، والقانون الخاص بطرح البحر وأكله ، وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ الخاص بحقوق الشرب والمجرى والمسيل . كما توجد موضوعات مندمجة فى هذا التقنين ، يجب حذفها ، بعد أن بطل العمل بها ، كالغاروقة ، والوصية لمحل خيرى ، وارث الاجارتين (م ٥٥٣ و م ١٧ - ١٨/٣٧ - ٣٨).

الفضول والاقتضاب : وتقنيننا المدنى فيه فضول من ناحية ، واقتضاب من ناحية أخرى . انظر اليه وهو يتكلم فى حق الانتفاع (م ١٣ - ٢٩/٢٩ - ٥٠) ، وفى الخلط والمزج (م ٦٧/٩٢) ، وفى الالتزامات التخييرية والبدلية (م ٩٦ - ١٠٠/١٥٠ - ١٥٤) ، وفى قواعد تفسير العقد (م ١٣٨ - ١٤٠/١٩٩ - ٢٠١) وفى النفقة فيما بين الزوجين والأقارب (م ١٥٥ - ١٥٧/٢١٦ - ٢٢٠) ، وفى كيفية تسليم المبيع (م ٢٧١ - ٢٩٩/٣٤٢ - ٣٧٣) . اترى كيف يمط النصوص مطا ، ويتعرض للسمين والغث ، دون تمييز بين أصل وفرع ، ودون أن يراعى أن كثيرا من هذه النصوص كنا فى غناء عنها بتطبيق القواعد العامة ، بل أن كثيرا منها لايكاد يوجد له تطبيق فى الحياة العملية .

ثم انظر اليه وهو يستعرض أدق الموضوعات القانونية ، واكبرها خطرا ، وابعدها أثرا فى الحياة ، فيمر عليها مرا سريعا فى عجلة واقتضاب وغموض . فهو يورد قواعد المسئولية التقصيرية فى مواد

---

(١) وقبل ان نترك هذا الموضوع نشير الى نقص التقنين المدنى فى انه لم يضع طرقا صالحة فى تنظيم الاعسار . فلا يوجد « افلاس مدنى » كما هو موجود فى القانون التجارى ، حتى تغل يد المدين عن التصرف ، ويصفى امواله نائب عنه وعن الدائنين ، فيتساوى هؤلاء ، ويأخذ كل منهم نصيبا بنسبة دينه

لاتتجاوز الثلاث ، والاشتراط لمصلحة الغير في مادة واحدة لايكاد القارىء يتبين منها الموضوع الذى تعرض له . اما الملكية فى الشيوع ، وأما تكوين العقد ، واما التعهد عن الغير ، فلا يشير اليها بحرف ، كما يغفل نظرية النيابة فى التعاقد ونظريات اخرى كثيرة أشرنا اليها فيما تقدم . كل هذا يجعل التناسب مختلا فى تقنيننا ، وانعدام الاتساق من أظهر عيوبـه .

وقد بالغ مشرعنا فى الاقتضاب ، حتى نتلمس القاعدة الهامة فلا نجدها ، فنتأول لها ، ونتعسف فى التأويل ، حتى نظفر باستخلاصها من النصوص بطريق منطقي ملتو . مثل ذلك تملك الحائز حسن النية للثمار ، ورد فى هذه القاعدة نصوص صريحة فى القانون الفرنسي ، أما نحن فنستخلصها بطريق غير مباشر من بعض النصوص (م ١٤٦/٢٠٧) . كذلك حذف مشرعنا دون سبب ظاهر ، فى تعريفة لحق الملكية (م ١١/٢٧) ، القيد الحكيم الذى أورده المشرع الفرنسي . وحذف النص القاضي بأن عبء إثبات السبب في الالتزام يقع على عاتق المدين لا الدائن (م ١١٣٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، والنص الذى لايجيز إثبات عكس المكتوب إلا بكتابة (م ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي) ، وقس على ذلك كثيرا من النصوص .

الغموض : اما الغموض فنجده متفشيا فى كثير من النصوص ، فلا يكاد المدقق يستطيع أن يحدد لها معنى . ويكفى أن تقرأ المادتين ١٣٧/١٩٨ ، ويقضى نصهما بأن «من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها ورفضها » ، حتى تقف حائرا ، لاتدرى ما الذى يقصده مشرعنا من هذا القول ، أهو يتكلم عن رب العمل وحقه فى اجازة عمل الفضولى ، أم هو يقصد التعهد عن الغير وحق هذا الغير فى اقرار ما تم التعهد به عنه ، أم هو لايريد هذا ولا ذاك ، بل يعرض للاشتراط لمصلحة الغير ، وحق هذا الغير فى اقرار ما اتفق عليه المشترط والمتعهد لمصلحته ، أم يريد كل هذه الأشياء ، و لا يريد شيئا منها ، حتى تدرك أن مشرعنا لم يتوخ دقة التعبير فى نص قانوني يعتبره فقهاء القانون المصرى أساسا تشريعيا لقاعدة خطيرة ، هى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . بل هو الأساس القانوني الوحيد لنظام اقتصادى يعد بحق

من الدعامات الأساسية التى تقوم عليها الحياة الاقتصادية ، وهو نظام التأمين . ليس لدينا فى هذه الناحية الا هذا النص الوحيد ، وهو نص كما رأيت .مضطرب قلق غامض . ولا يزيل غموضه الرجوع الى الأصل الفرنسى ، فأن هذا الأصل لا يخلص من الاضطراب الا فيما يتعلق باستبعاد الفرض الخاص بالتعهد عن الغير ، ويبقى النص متحملا للفرضين الآخرين ، على أن هذا الفرض الذى يقضى الأصل الفرنسى باستبعاده قد وجد من فقهاء القانون المصرى ، كالأستاذ دى هلتس ، من يرى قصر المعنى عليه وحده دون غيره من الفروض .

ثم اقرأ بعد ذلك النصوص المتعلقة بالدعوى البولصية (م ٢٠٤/١٤٣) ، ودعوى استعمال حقوق المدين (م ٢٠٢/١٤١) ، والالتزام الطبيعى (م ٢٠٨/١٤٧) ، والنصوص الواردة فى نظرية محل الالتزام (م ١٤٩/٩٥) ، وفى نظرية السبب (م ١٤٨/٩٤) ، ونظرية الحيازة (م ١٠٢/٧٦) ، والغلط فى عقد الصلح (م ٦٥٧/٥٣٥) ، والشرط الجزائى (م ١٥٢/٩٨) ، والتضامن (م ١٠٩ ـ ١٦٥/١١٥ ـ ١٧١) ، وعمل الفضولى والاثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) ، الست تراها حائرة قلقة ، يشيع فيها جو من الغموض والابهام ، لايكاد يخلص منه المتمعن الى معنى ثابت مستقر ، الا إذا نظر الى مراجع هذه النصوص من الفقه الفرنسى لتنير له السبيل ، حتى إذا عاد الى قراءتها فى هذا الضوء الجديد ، رأى الأخطاء ظاهرة ، واحس الألفاظ ممسوخة مشوهة ، والمعانى تقسر عليها قسرا ، فلا تواتيها الا بعد كثير من الحدس والتخمين .

ثم انظر الى مشرعنا وهو يتكلم ، فى استرداد الحقوق المتنازع فيها ، عن مشتر يشترى حقا متنازعا فيه منعا لحصول دعوى (م ٤٤٣/٣٥٥) ، وفى عقد الصلح عن عدم جواز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع بها الصلح (م ٦٦٠/٥٣٨) ، اليست هذه النصوص وامثالها تحتاج فى فهمها وادراك مرماها الى كثير من الخيال ، بل الى شىء من التنجيم !

تقليد القانون الفرنسى : وتقليد مشرعنا للقانون الفرنسى تقليدا اعمى هى الظاهرة التى تسود كل التشريع المصرى . فكثير من النصوص

المعيبة لا يفسر ما وقع فيها من العيب الا انها مجرد تقليد للأصل . فلا يزال للعقار فى التشريع المصرى شأن غير شأن المنقول ، ونحن فى هذا نحكى صدى المشرع الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ ، وقد تلقينا القواعد الفرنسية فى هذا الموضوع كما هى مسطورة فى قانون الفرنسيين . وهناك نصوص فرنسية متناقضة مضطربة ، نقلناها بتناقضها واضطرابها . فالمادتان ١٩٥/١٣٥ تقضيان بأن الاكراه يكون موجبا لبطلان العقد ،إذا كان شديدا ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز (يقصد الوسط من الناس) ، مع مراعاة سن المتعاقد وحالته والذكورة والأنوثة . ففى هذا النص نجد المشرع قد خلط بين معيارين متناقضين للاكراه ، معيار مادى ومعيار شخصى . ولا يفسر هذا الخلط الا خلط مثله وقع فيه المشرع الفرنسى (انظر م ١١٢ من القانون المدنى الفرنسى) ، وقد أساء فهم ما قرره بوتييه فى هذا الصدد مما هو معروف فى كتب الفقه الفرنسى . فيكون المشرع المصرى قد نقل من المشرع الفرنسى حتى الأغلاط التى وقع فيها . وكذلك نرى المادتين ٥٨٨/٤٨٠ تقضيان بأن صاحب الايراد المرتب طول الحياة ليس له الا التنفيذ بايراده ، فى حالة عدم وفاء المدين ، ولا يستطيع أن يفسخ العقد . وفى هذا خروج غريب على القواعد العامة ، نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى دون تدبر .

ونجد المشرع المصرى من ناحية أخرى يتنكب الشريعة الاسلامية ، وقد كان يمكنه الأخذ عنها فى بعض موضوعات هامة ، جاءت مبادئها فيها أرقى من مبادىء القانون الفرنسى . وعذره فى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية لم تكن قريبة المنال وقت التشريع . ولكن هذا العذر إذا فسر هجر الشريعة الاسلامية فهو لا يبرره . وسنعود الى هذا الموضوع ببيان أوفى .

التناقض : ثم أن تشريعنا المدنى لايكاد يضع القاعدة حتى يأتى بما يناقضها . فهو فى المادتين ١٦٩/١١٣ يقرر أن المدين المتضامن لايجوز له أن يتمسك بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين المتضامنين وقد اتبع فى ذلك حكم القانون الفرنسى (م ١٢٩٤ من هذا القانون) . ثم ينسى بعد ذلك ما قرره ولا يلبث أن يقرر ما يناقضه ، فيقضى فى

المادتين ٢٠١/٢٦٥ بأن المدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المتضامنين بقدر حصتهم فى الدين. ثم هو يحمل المشترى تبعة هلاك المثليات (م ٢٤١/٣٠٧)، متبعا فى ذلك حكم القانون الفرنسى فى هلاك الشىء المبيع تكون على البائع لا على المشترى، متبعاً فى ذلك حكم الشريعة الاسلامية. والحكمان متناقضان ولا يصح الجمع بينهما. ويقرر جواز الاشتراط لمصلحة الغير بعبارة عامة، فيسمح بأن يستفيد من العقد غير العاقد (م ١٣٧/١٩٨)، ثم لا يلبث أن يقرر أن «المشارطات» لا تترتب عليها منفعة عاقديها (م ١٤١/٢٠٢). كذلك يقرر قانوننا فى المقايضة حكما غريبا يخرج به على القواعد العامة، ويناقض فيه المبادىء المقررة فى البيع دون سبب معقول، إذ يقضى بأن المقايض إذا استحق فى يده بدل المقايضة لا يرجع بالبدل الآخر الذى أعطاه إذا كان هذا البدل عقارا انتقل من المتعاقد الى شخص آخر، وبقى فى هذا الأخير خمس سنوات من يوم المقايضة (م ٣٥٩). ويجيز مشرعنا للدائن أن يطعن فى عدم تمسك مدينه بالتقادم المسقط (م ٢٠٦/٢٧٠)، وينسى أن يقرر مثل هذه القاعدة فى التقادم المكسب، مع أن الأمر واحد فى الحالتين.

ثم هل نحن فى حاجة للاشارة الى ذلك التناقض الذى وقع فى نصوص القانون المدنى بعد صدور كريتو ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢، فأصبح نص المادتين ١٢٥/١٨٥ يقضى بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩٪، وبقى نص المادتين ٤٧٨/٥٨٢ يرفع هذا الحد الى ١٢٪؟.

ولا ننسى ما يقع فى بعض الأحكام من التناقض ما بين التشريعين الأهلى والمختلط، مما يكون سببا فى اضطراب المعاملات، وقد يدعو الى تدخل المشرع فى بعض الأحيان. ففى الحوالة يشترط القانون الأهلى رضاء المدين (م ٣٤٩). ويكتفى القانون المختلط باعلانه بالحوالة (م ٤٣٦). وفى بيع الوفاء يجعل القانون الأهلى أقصى المدة التى يجوز فيها الاسترداد خمس سنوات (م ٣٤١)، ويقصرها القانون المختلط على سنتين (م ٤٢٦). وفى بيع الشىء المستقبل لا يمنع القانون الأهلى بيع المحصولات قبل أن تنبت، ويحرم القانون المختلط ذلك (م ٣٣٠). وهناك أحكام فى المقايضة وردت فى القانون الأهلى واغلفها القانون المختلط،

منها النص الغريب الذى ورد فى المادة ٣٥٩ والذى سبقت الاشارة اليه .
وقد كان القانون الأهلى لايقرر حق الشرب ولاحق المسيل ويقرر حق المجرى بالقدر الضرورى (م ٣٢ - ٣٣)، ويجعل الاختصاص للجنة ادارية فى تقدير التعويض . أما القانون المختلط فقد كان لايقرر حق الشرب ولا المجرى ولا المسيل ، ثم صدر قانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ يقرر حق المجرى والمسيل دون الشرب ، ولايعطى اختصاصا لأية لجنة ادارية . ومن هنا تضاربت النصوص ، وتعارضت جهات الاختصاص فى هذه المسألة التى تعد على جانب كبير من الأهمية فى بلد زراعية .

فما العمل امام هذا التناقض فى الأحكام ؟ وما يفعل البائع وفاء مثلا إذا كان مصريا ، واشترط على المشترى وهو مصرى مثله ، أن يسترد فى خمس سنوات ، وباع المشترى العين لأجنبى بعد ثلاث سنوات ؟ أنطبق القانون الأهلى فنجيز الاسترداد لأن مدة خمس سنوات لم تنقض ، ام نطبق القانون المختلط فلا نجيز الاسترداد بعد انقضاء سنتين من وقت البيع ؟ وقس على هذا الأشكال الاشكالات الأخرى التى يمكن أن تنجم من هذه الأحكام المتباينة المتناقضة .

الخطأ وإذا اضفنا الى هذا التناقض ما وقع فيه مشرعنا من اخطاء فاضحة ، عجبنا كيف لايتنزه تشريع جدى عن مثل هذه العيوب الجسيمة . فالمشرع المصرى يغفل أهم شرط فى التملك بمضى المدة القصيرة ، وهو شرط حسن النية ، فلا يذكره فى النص الذى أورده فى هذا الموضوع (م ٧٦/١٠٢) . ويعرف الشرط ، بأنه امر مستقبل أو غير محقق (م ١٠٣/١٥٧) ، وهذا خطأ بين . فالشرط يجمع بين الاستقبال وعدم التحقيق . ومشرعنا ينقل عن الشريعة الإسلامية حكم بيع المريض مرض الموت (م ٢٥٥ - ٢٥٦/٣٣١ - ٣٣٢) . فلا يكون امينا فى النقل ، إذ يقضى بأن العبرة فى هذا البيع بقيمة المبيع لا بالقدر المحابى به ، والشريعة الاسلامية تقرر عكس ذلك ، وينظر الى مال البائع وقت البيع ، والشريعة الإسلامية لاتنظر اليه الا وقت الموت . وهو فى تقريره احكام النفقات نسى أن هذه الأحكام إنما تخضع لقانون الأحوال الشخصية ، فقرر أحكاما غريبة نقلها عن القانون الفرنسى ، وهى تتنافر كل التنافر مع أحكام الشريعة الاسلامية . إذ قضى بأن الزوجة تنفق على زوجها (م

٢١٨/١٥٦) ، بل تتفق ايضا على زوجة ابى زوجها (م ٢١٧/١٥٥)، وهذا غاية التخبط. وقد دعا هذا الخلط الغريب اكثر المحاكم المصرية الى اعتبار هذه النصوص «حروفا ميتة» لايعمل بها. وقد يأخذ المشرع المصرى من الشريعة الإسلامية ايضا ويخالفها، كالغبن فى بيع عقار القاصر، فان البيع يكون باطلا فى الشريعة الإسلامية، أما القانون المصرى فيكتفى باعطاء القاصر دعوى بتكملة الثمن. ويخطىء المشرع المصرى كذلك فى تقرير أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم (م ٣٣٨/٢٦٨) . فهى إنما تنتقل بالتعيين. ويزعم واضع التقنين المختلط ان القسمة منشئة للحق لا مقررة (م ٥٥٥)، وهذا خطأ صححه القانون الأهلى (م ٤٥٧) وقضاء المحاكم المختلطة.

ويوجد عدا ذلك فى التشريع المصرى أخطاء كثيرة، نكتفى بالاشارة اليها[1].

هذه امثلة على ما فى تشريعنا المدنى من عيوب فاضحة. فهو تشريع يتراوح بين النقص والفضول، وبين الغموض والاضطراب، ويتقسمه التناقض والخطأ، وهو بعد عديم التناسق، وليس الا تقليدا أعمى لقانون اصبح الآن تشريعا عتيقا عاجزا عن مسايرة الزمن.

عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل

بيان هذه العيوب: ليست العيوب الشكلية بأقل وضوحا واضعف اثرا فى تشويه تشريعنا المدنى. وهى عيوب كثيرة متنوعة. نذكر منها ما يرجع الى تبويب التقنين وترتيبه، وما يرجع الى تعدد لغاته، ونضيف الى ذلك عدم الدقة فى التعبير القانونى، وضعف الأسلوب، وركاكة الترجمة عن الأصل الفرنسى، وما وقع فيها من اخطاء فاضحة.

التبويب والترتيب: أما عن تبويب تقنيننا المصرى، فمعروف أن هذا القانون مقصور على دائرة المعاملات. وهو يبوبها فى اربعة كتب. وهذا التبويب وان كان ادق علميا من تبويب القانون الفرنسى، الا أنه لايزال معيبا. فقد وضعت الأموال والحقوق العينية فى كتاب، مع أن

---

(١) انظر مثلا على ذلك م ١٥٢/٩٨ و م ٢٢٥/١٦٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ (مقارنة بالمادتين ٦٠١ فقرة ثالثة ٧٢٧ فقرة ثانية) و م ٢٧٤/٢١٠ و م ٢٧٦/٢١٢.

الأموال تكون محلا للحقوق العينيةوللحقوق الشخصية على السواء، فالأولى فصل الأموال عن الحقوق العينية، وجعل كل منهما في كتاب مستقل. ثم وضعت الالتزامات في كتاب ثان، واختصت العقود المعينة بكتاب ثالث، مع أن هذه داخلة في الالتزامات، وكان الأولى ضمهما معاً في كتاب واحد. وفي الكتاب الرابع، وقد عنون بحقوق الدائنين، أورد المشرع بنوع خاص أحكام التأمينات العينية، وقد حشر فيه موضوع اثبات الحقوق العينية مع بعض نصوص تتعلق بقلم الكتاب في المحاكم. وكان الأولى وضع نظرية عامة للاثبات، سواء تعلقت بحقوق عينية أو بحقوق شخصية، وتقريب هذه النظرية من نظرية اشهار الحقوق العينية لما بين الموضوعين من الصلة الظاهرة. وليس في تقنيننا مقدمة تنص على النظريات العامة التي تنبسط على جميع نواحي القانون، كنظرية سوء استعمال الحق ونظرية الغبن وقواعد تفسير القانون وما الى ذلك. وسنقترح فيما يلي تبويبا للتقنين يكون اقرب للدقة العلمية من هذا التبويب، مسترشدين في ذلك بتبويب التشريعات الحديثة كالقانون الألماني والقانون السويسري.

وليس الأمر مقصورا على نقص هذا التبويب العام. بل توجد عيوب كثيرة متفشية في الترتيب التفصيلي لكل كتاب من هذه الكتب الأربعة. فقد وضعت قيود الملكية، في الكتاب الأول، في باب حقوق الارتفاق وسميت باسمها، وهذا عيب تجنبه المشرعان الألماني والسويسري. ولم ترتب أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ترتيبا علميا صحيحا. ووضعت القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية في الفصل المخصص للعقد باعتباره سببا لاكتساب الملكية، والفرق جسيم بين ان يملك المنقول بالعقد او يملك بمقتضى هذه القاعدة. وقد عاد المشرع الى الإشارة للقاعدة نفسها في مكان آخر غير مناسب ايضا، هو الباب الذي خصصه لاثبات الحقوق العينية في الكتاب الأخير (انظر م ٦٠٨/٧٣٤). ولانرى أثرا للملكية في الشيوع ولا للقسمة الا عند الكلام على الشركات وفي قانون المرافعات (انظر م ٦٢١/٧١١ من قانون المرافعات). وبعد أن فصل المشرع بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، مخالفا في ذلك التقنين الفرنسي أورد أحكاما عن إيقاف سريان المدة في التقادم المكسب وتناول فيها التقادم المقسط. ويخلط المشرع في باب واحد من الكتاب الثاني بين الالتزامات

التى يكون مصدرها العمل الضار . ويبتدىء الكتاب الثانى فى الباب الأول بالنظرية العامة للالتزام فى ذاته ، ثم يترك المشرع النظرية ناقصة ، وينتقل فى الأبواب الثلاثة التالية الى مصادر الالتزام ، ويعود بعد ذلك فى الباب الخامس الى تكملة نظرية الالتزام . وفى الكتاب الثالث ترد نظرية حوالة الحق فى باب البيع مع أنها نظرية عامة تشمل البيع وغيره ، وكان مكانها الطبيعى فى نظرية الالتزامات . ثم يجمع المشرع فى باب واحد من هذا الكتاب الثالث بين اجارة الأشياء وما يسميه بأجارة الأشخاص وارباب الصنائع ، مع أن الفرق كبير بين هذين النوعين من العقد ، وكان الأولى أن يقصر عقد الايجار على اجارة الأشياء ويفصل عنه عقد الاستصناع وعقد العمل . ويتكلم المشرع على الحراسة فى باب الوديعة ، وكان الأولى وضعها فى قانون المرافعات . ويفصل ما بين الكفالة وعقود التأمين الأخرى ، ولا مبرر للفصل بين هذه الموضوعات المتقاربة . والأغرب من ذلك أنه يفصل ما بين عقد رهن الحيازة وعقد الرهن الرسمى ، فيضع الأول فى الكتاب الثالث مع العقود المعينة ، ويضع الثانى فى الكتاب الرابع مع حقوق الدائنين . ويجمع فى الكتاب الرابع ما بين التأمينات وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، وهذه موضوعات متنافرة لا يصح أن يجمعها كتاب واحد .

تعدد لغة التشريع : وهناك غير نقص التبويب عيب آخر فى الشكل يرجع الى الظروف التى وضع فيها تشريعنا . فقد قدمنا أن المشرع المصرى وضع تشريعه باللغة الفرنسية فى الأصل . وقد ترجم التشريع بعد ذلك الى اللغة العربية ، واعتبرت هذه الترجمة هى النص الرسمى ، ومن ذلك وجد عندنا نصان : نص أصلى ونص رسمى . وكلاهما مضطرب . وكان الاضطراب فى واحد منهما كافيا لايقاعنا فى الحيرة ، فما بالك وقد اجتمعا ، وكل منهما يرجع اليه ، ويقارن بالآخر ، فيزيد الاضطراب والغموض . اضف الى ذلك أن مترجم النص الفرنسى لم يكن دقيقا فى ترجمته ، وكثيرا ما شوه الذى ينقله ، فضلا عن تشويهه اللغة التى ينقل اليها ، وسنورد امثلة على ذلك فيما يلى :

ويكفى هنا ان نشير الى بعض مواد اختلف فيها النصان العربى والفرنسى ، وحارت الناس بأى نص تأخذ . ففى التدليس (م ١٣٦ أهلى)

يقضى النص العربى بأن يكون صادرا من احد المتعاقدين، ولا يشترط النص الفرنسى ذلك. وفى اعذار المدين (م ١٢٠ أهلى) يقرر النص العربى أن يكون الانذار رسميا، ولا يتطلب النص الفرنسى ذلك. وفى الوفاء مع الحلول (م ١٦٢ أهلى) لايشير النص العربى صراحة الى دين جديد يحل محل دين قديم، ويصرح النص الفرنسى بذلك. وهناك المواد ٨٤ و ٨٥ (وهما خاصتان بايقاف سريان المدة) و ١٣٤ (وهى خاصة بالغلط) و ٢٧٠ (وهى خاصة بتسجيل عقد البيع) و ٤٦٢ (وهى خاصة باسترداد الحصة الشائعة)، نصوصها العربية تختلف عن نصوصها الفرنسية.

ففى مثل هذه المسائل الهامة، انأخذ بالنص الفرنسى لأنه النص الأصلى، وهذا هو راى فريق من فقهائناومحاكمنا، أم نأخذ بالنص العربى لأنه النص الرسمى، وهذا راى فريق آخر، ام نأخذ فى كل مسألة بالنص الذى نرى انه أكثر اتفاقا مع غرض المشرع، فنأخذ فى التدليس وفى ايقاف سريان المدة وفى الغلط وفى استرداد الحصة الشائعة بالنص الفرنسى، وفى الإعذار وفى الوفاء مع الحلول وفى التسجيل بالنص العربى، وهذا هو الراى الذى نذهب اليه... مشكلة لانزال نعانيها، حتى يتهيأ لنا الخلاص من هذا القانون ذى اللغتين المتناقضتين.

التعبير والأسلوب: والى جانب هذا يوجد عدم الدقة فى التعبير القانونى، وضعف الأسلوب، والاسفاف الى العامى من الألفاظ. لا ننكر أن لغة قانوننا، إذا قيست بلغة العهود الماضية، تعد على درجة كبيرة من الرقى[1]. ولكننا لانرجع الى الماضى، بل نتطلع الى المستقبل. وإذا

---

(١) ويكفى أن تقرأ شيئا من القوانين التى كانت تصدر فى تلك العهود لتتحقق من ذلك. ولنقدم مثلا واحدا من آلاف الأمثلة: نصا من لائحة مجلس الأحكام المعروف فى تاريخ القضاء المصرى. فقد قضى البند السادس من الارادة السنية الصادرة لرئاسة مجلس الأحكام المصرية فى ٥ ربيع الآخر سنة ١٢٦٥ بما يأتى: «من حيث انه على موجب هذه اللائحة، كل من كان مقيم بمحل مأموريته، لأجل اجرا مقتضاها، فلا يوافق شربهم الدخان، ولا يحضروا أيضاً بشبوكاتهم إلى دواوينهم، وإن كان احدا (كذا) من ارباب المجلس يريد شرب قهوة ودخان، فيتوجه الى الاودة القريبة التى سيصير تعينها، وبعد الشرب يعود للمجلس».

اردنا أن نقدر قيمة أسلوب تشريعنا ودقته ، وجب أن نقيسه بمعيار راق ، نطمح أن نصل اليه عند مراجعة هذ التشريع ، فنتوقى هذه العيوب الكثيرة التى آن لنا أن نشير الى بعض منها .

فمن امثلة عدم الدقة فى استعمال التعبير القانونى أن واضع النص العربى يعبر عادة عن البطلان (nullité) بالالغاء . فيقول فى المادة ٤٨ أهلى : « والا كانت الهبة لاغية » . ويقول فى المادة ٥٣ : « والا كان الوقف لاغيا » ، وفى المادة ٤٦٠ : « والا كان العمل لاغيا » وهكذا . ويسمى الالتزام (obligation) بالتعهد ، مع أن التعهد نوع خاص من الالتزام مصدره العقد أو الارادة المنفردة . ويترجم العمل القانونى (acte) بالفعل (انظر م ١٤٣ أهلى) ، والفرق كبير بين العمل القانونى والفعل المادى . ويترجم المقايضة (échange) بالمعاوضة ، وهذا لفظ غير دقيق ، فالبيع عقد معاوضة ولكنه ليس بمقايضة .

اما من حيث ضعف الأسلوب وركاكة الألفاظ ، فالأمثلة كثيرة ، نذكر منها ترجمة الدولة « بالميرى[١] » . والاستيلاء « بوضع اليد[٢] » . والالتصاق « باضافة المحلقات للملك[٣] » . والدائن « بالمداين[٤] » . وترجمت عبارة (ما لا يفترض[٥]) بجملة ركيكة غير صحيحة وهى ، « لا يحكم فيه بالظن » . ويتكلم واضع النص العربى عن الوفاء بميعاد لائق[٦] ، ويريد الوفاء فى ميعاد لائق . ويترجم المبالغ المدفوعة[٧] « بالمدفوعات »

= هذا نموذج من التشريع فى ذلك العصر اسلوبا وموضوعا . فانظر الى هذه اللوثة التى اعتقد اصحابها انها تمت الى العربية بصلة . ثم تأمل موضوع هذا النص ، وكيف تتنزل « الارادة السنية » الى الخوض فى أمر تافه . يكفى اليوم فيه صدور « تعليمات ادارية » من أصغر رئيس من رؤساء مصالح الحكومة ولاشك ان لغة تشريعنا الحاضر ، إذا قورنت بلغة تلك العهود ، تعتبر معجزة من أيات البيان .

(١) Etat انظر م ٩ و ٣٠ و ٥٧ و ٦١٤ أهلى .

(٢) Occepation م ٤٤ .

(٣) Accosion م ٤٤ .

(٤) Créancier . م ٥٣ و ١٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١

(٥) ce qui ne se présume pas وهى العبارة الواردة فى أخر المادة ١٤٤ .

(٦) انظر م ١٦٨ .

(٧) Payements م ١٧٢ .

ويقول: «من حيثية[١]، وهو يريد أن يقول: من حيث. ويترجم المحامين «بالأفوكاتية[٢]»، والأجر «بالماهية[٣]»، والعقد «بالمشارطة[٤]». ويقول: «فى جميع المواد ما عدا التجارية[٥]»، وهو يقصد أن يقول «فى جميع المواد ما عدا المواد التجارية، أو ما عدا ما كان منها تجاريا». ويعبر عن التزام البائع «بملزومية البائع[٦]»، ويكرر لفظ «الملزومية» هذه فى نصوص أخرى[٧]. وكثيرا ما يقول: «يتحصل» و«يستحصل[٨]» بدلا من «يحصل». ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استقداما خاصا، بأن السيد «قد استحضر (الخادم) بالخصوص[٩]». ويتكلم عمن يسجل تسجيلا منتظما فيقول: «من سجل بموافقة الأصول[١٠]».

أما الغموض وعدم الأمانة فى الترجمة فلا يقل عن الركاكة وضعف الأسلوب. ومن الأمثلة على ذلك المادة ٩٤ أهلى. وهذا هو نصها الفرنسى

"L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite"

والترجمة الصحيحة هى: «لا يوجد الالتزام إلا إذا كان مبنيا على سبب محقق مشروع». أما واضع النص العربى فترجم المادة كما يأتى: «يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا». فأدخل فى ترجمته لفظ «العقود» ولا أثر لهذا اللفظ فى الأصل، فأفسد بذلك على واضع النص الفرنسى غرضه، فقد قصد أن يجعل السبب ركنا فى الالتزام لا فى العقد، حتى يصحح بذلك خطأ وقع فيه المشرع

---

(١) انظر م ٢٠٥.

(٢) م ٢٠٩

(٣) م ٢٠٩

(٤) م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٤١ و ١٤٢ و ٣٦٠

(٥) م ٢١٥

(٦) م ٣٠٢.

(٧) انظر مثلا م ٤٦٠.

(٨) انظر م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٩٥ و ٥٩٦ و ٥٩٩.

(٩) م ٤٠٣.

(١٠) م ٦٢٠.

الفرنسى . وعبر عن وجود الالتزام «بصحته» ، والفرق كبير ما بين الوجود والصحة . وترجم السبب المحقق «بالسبب الصحيح» وهذه ترجمة غير دقيقة ، فان السبب لايكون صحيحا الا إذا كان محققا ومشروعا .

وانظر الى المادة ١٣٤ ، ونصها الفرنسى ما يأتى :

L'erreur opère la nullité du consentement quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat.

وكان الواجب أن تترجم هكذا : «الغلط يبطل الرضاء ، إذا وقع فى الناحية الرئيسية التى اعتبرت فى الشىء عند التعاقد» . ولكن واضع النص العربى ترجمها بما يأتى : «الغلط موجب لبطلان الرضاء ، متى كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد» . وهذه ترجمة غير دقيقة ، ولا تكاد تفهم الا بعد الرجوع الى الأصل الفرنسى . وتزيد جسامة هذا العيب فى الترجمة ، إذا لاحظنا أن واضع النص الفرنسى أراد بنصه أن يهجر النظرية التقليدية فى الغلط ، ويأخذ بنظرية (الغلط الدافع) التى أخذ بها القضاء الفرنسى . ولايمكن أن نستخلص هذا ، على ما له من خطر ، من النص العربى ، فهو نص يتعثر بين الغموض وعدم الدقة ، ولايكاد يفيد شيئا .

ثم انظر الى المادة ١٣٥ ، وفيها يضع المشرع المصرى معيارا للاكراه فيشترط أن يكون شديدا «بحيث يؤثر فى شخص مستقيم الادراك» (personne raisonnable) فيترجم واضع النص العربى هذه العبارة بما يأتى : «بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز» .

وانظر بعد ذلك الى المادة ١٣٧ ، وقد أسلفا أنها آية فى الابهام . وهذا هو نصها الفرنسى :

Lorsqu'une personne a stipulé pour un tiers sans mandat, ce tiers a le choix de conformer le contrat ou de refuser de le reconnaître.

ويمكن ترجمة النص بما يأتى : «إذا اشترط شخص للغير ، دون توكيل ، فالغير بالخيار بين أن يقر العقد أو يرفض الاعتراف به» . وهذه ترجمة إذا كانت مبهمة فذلك يرجع الى أن الأصل ذاته غامض ، إذ هو قد ينصرف الى عمل الفضولى أو الى الاشتراط لمصلحة الغير . فجاء المترجم وزاد هذا الغموض ابهاما ، إذ وضع النص العربى كما يأتى : «من عقدت على ذمته مشارطة ، بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها» .

فأصبح النص العربى يتحمل- عدا عمل الفضولى والاشتراط لمصلحة الغير التعهد عن الغير ايضا . فان «من عقدت على نمته مشارطة» قد يكون فى هذه «المشارطة» دائنا أو مدينا . هذا الى عدم الدقة فى ترجمة الاقرار (confirmer) «بالقبول» .

ثم اقرأ نص المادة ٢٠٩ . وهذا هو : «المبالغ المستحقة للأطباء وللأفوكاتية وللمهندسين اجرة سعيهم ، وللباعة اثمان المبيعات لغير التجار مطلقا ، ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجاراتهم الخ الخ» . الا يروعك هذه الغموض المخيم على العبارة من أولها الى آخرها . فهى تكاد تكون لغزا يتعب الفكر فى حله . واضح هذا النص يريد أن يقول أن المبالغ المستحقة للأطباء وللمحامين وللمهندسين اجرا على عملهم . وكذلك المبالغ المستحقة للباعة ثمنا لما باعوه . سواء تعاملوا مع غير محترف بالتجارة ، او مع تاجر فى غير شؤونه التجارية . . .

وترجم النص الفرنسى للمادة ٢٦٥ .

«Lorsque le vendeur aura vendu comme sienne une chose qu'il saura ne pas lui appartenir» بما يأتى : «اما إذا باع أحد سيئا على أنه مملوك له . . .» فأين هذه الترجمة من الأصل ، وكيف يتسنى لنا ان نستخلص بوضوح من الترجمة العربية أن البائع يجب أن يكون عالما بأن الشىء المبيع غير مملوك له . كما نقرأ ذلك صراحة فى النص الفرنسى

وحذف المترجم . فى ترجمة المادة ٤٦٢ . لفظا اختل بحذفه المعنى فالنص الفرنسى يجيز للشركاء الأصليين فى الشيوع أن يستردوا حصة شائعة باعها احدهم أما الترجمة العربية لهذا النص فتغفل كلمة «الأصليين» . ويصبح للشركاء فى الشيوع ، أصليين كانوا أو غير أصليين ، حق الاسترداد وهذا غير ما قصده المشرع

وترجمت عبارة «الكفالة القضائية» (caution judiciaire) الواردة فى المادة ٤٩٩ «بالكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم» . وهى عبارة مضطربة مبهمة .

ويطول بنا الأمر لو تعقبنا مشرعنا المصرى فى غموضه وعدم دقته . ويكفى أن نشير الى بعض النصوص كالمواد ١٤٣ و ١٦٧ و ١٩١

و ٢٦٢ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٥٣٨ و ٥٣٩ . وفى بعضها حذف ، وفى البعض الآخر زيادة ، وفى أكثرهما غموض واضطراب يفسد المعنى ، أو يجعله مغلقا عسير الفهم .

الخطأ فى الترجمة : على أن الأمر يزيد خطورة إذا جاوز المترجم عدم الدقة فى الترجمة الى الوقوع فى أخطاء جوهرية .

ومن يقرأ المادتين ٨٤ و ٨٥ فى نصهما العربى لايكاد يصدق أن هذا النص ترجمة للأصل الفرنسى . فان المادة ٨٤ تنص على أنه « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الأهلية شرعا » . وهذا هو

La prescription acquisitive, en matière immobiliére, ne court pas contre ceux sont qui légalement incapables.

وتنص المادة ٨٥ على انه لاتسرى كذلك « على مفقود الأهلية المذكورة أحكام ما عدا ذلك من انواع التملك بمضى المدة الطويلة متى كان المعتبر فيها أزيد من خمس سنوات » . وهذا هو الأصل الفرنسى :

Aucune autre prescription de plus decing années, ne court contre ces mêmes incapables.

ففى المادة ٨٤ ترجمت عبارة « مضى المدة المكسب » (preseription acquisitive) بعبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » ، مع أن مضى المدة المكسب قد يكون بالمدة الطويلة أو بالمدة القصيرة . وفى المادة ٨٥ أعاد المترجم عبارة التملك « بمضى المدة الطويلة » وأراد به هذه المرة « مضى المدة المسقط » ، والفرق واضح بين العبارتين . وقد ترتب على هذا الخلط الشنيع أن فسد المعنى فى النص العربى فسادا تاما . فمن يقرأ هذا النص يحسب أن المشرع يريد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، إذا كانت مدته طويلة ، طبقا للمادة ٨٤ . ثم يقف حائرا بعد ذلك فى تفسير المادة ٨٥ ، فهى تفترض نوعا من التقادم المكسب ، مدته أزيد من خمس سنوات وأقل من خمس عشرة سنة ، يقف سريانه كذلك . فأين هو هذا النوع من التقادم ؟ الواقع أنه غير موجود ، وأن النص العربى للمادتين ٨٤ و ٨٥ وقع فيه خطأ فاضح . ومن يرجع للأصل الفرنسى يرى أن المشرع المصرى قد أراد أن يوقف سريان التقادم المكسب ، سواء كان طويلا أو قصيرا ، أما التقادم

المسقط فلا يوقفه الا إذا كان طويلا . فأين هذا من النص العربى المضطرب السقيم ؟

وترجمت عبارة «محل الالتزام» (objet de l'obligation) الواردة فى المادة ٩٥ بعبارة «الغرض من التعهد» . وترجمة «المحل» «بالغرض» ترجمة مشوهة ، لاتجعل النص مفهوما ، وتخلط مابين المحل والسبب ، إذ السبب هو الغرض الذى يقصد اليه الملتزم من وراء التزامه . فمن يفهم «الغرض من التعهد» بمعنى «سبب الالتزام» ، لايكون متعسفا فى الفهم . ومع ذلك فان المشرع اراد أن ينكر المحل لا السبب .

ونذكر مثلاً اخيرا هو المادة ١٣٦ . واليك النص الفرنسى لهذه المادة :

Le dol vicie le consentement quand les manoeuvres pratiquées contre la partie sont telles que, sans ces manoeuvres, elle n'aurait pas contracté.

والترجمة الصحيحة لهذا النص هى : «يفسد التدليس الرضاء ، إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد من الخطر بحيث انه لولاها لما رضى» . وظاهر ان المشرع لايشترط أن تكون الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين صادرة من المتعاقد الآخر . وقد كان فى هذا متقدما على المشرع الفرنسى تقدما جديرا بالثناء . فان القانون الفرنسى (م ١١١٦) تقيد بالقاعدة العتيقة الموروثة عن القانون الرومانى ، واوجب أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر . فانظر بعد ذلك إلى مافعله مترجمنا وكيف افسد على المشرع المصرى غرضه إذ ترجم النص المتقدم بما يأتى : «التدليس موجب لعدم صحة الرضاء ، إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ، بحيث لولاها لما رضى» . فأوجب بذلك ان يكون التدليس صادرا من المتعاقد الآخر ، وعاد الى الحكم المنتقد الذى أراد مشرعنا أن يهجره وأعجب لهذه الصدفة العمياء التى قضت علينا ان نقع فيما أردنا التخلص منه ، وأن يتعثر مشرعنا ، من حيث لايحتسب ، فى ذيل هذا الخطأ الشنيع الذى وقع فيه مترجمنا ، فينعكس عليه غرضه ، ويلتوى به قصده ، ويترجم كلامه مشوها ممسوخا .

ثانيا : تقدم التشريعات الحديثة

حركة التقنين في العالم : نعتقد ان ما عددناه من عيوب تشريعنا كاف للاقناع بوجوب تنقيحه ، فإذا أضفنا الى ذلك انه فى غضون الخمسين من الأعوام التى مرت على تشريعنا ، صدرت تشريعات اجنبية تفضل من وجوه كثيرة التشريع الفرنسى الذى نقلنا عنه ، فالفرصة اذن سانحة ، عند تنقيح تشريعنا ، لأن نقتبس من هذه التشريعات ، وهى ثمرة تجارب امم عظيمة ، ما يتلائم مع حالتنا ، تبين لنا إلى أى حد نحن فى حاجة الى هذا التنقيح .

وسنذكر فى مكان آخر كيف يمكن ان نستفيد من هذه التشريعات . ونكتفى هنا بوصف حركة التقنين فى العالم ، ونقف عند التقنينات الهامة التى صدرت بعد تقنيناتنا .

يمكن القول أن القرن التاسع عشر كان مبدأ عصر التقنين . فما كاد يظهر التقنين الفرنسى فى أول ذلك القرن حتى تلته تقنينات كثيرة فى انحاء مختلفة من العالم . فظهر التقنين النمساوى فى سنة ١٨١٢ . ونقلت ايطاليا وهولندا ورومانيا واسبانيا والبرتغال وتونس ومراكش والولايات الجنوبية من كندا وكثير من الدول الأمريكية الجنوبية عن التقنين الفرنسى . وكذلك فعلت اليابان فى سنة ١٨٩٦ .

ثم صدر التقنين الألمانى وصار نافذا فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٩١٢ ، وأعيد النظر فى التقنين النمساوى فى أول سنى الحرب الكبرى (سنة ١٩١٤ إلى سنة ١٩١٦) ، وكذلك التقنين البرازيلى فى سنة ١٩١٦ ، وتقنين السوفييت فى سنة ١٩٢٣ ، والتقنين الصينى فى سنتى ١٩٢٩ و ١٩٣٠ ، والتقنين اللبنانى فى سنة ١٩٣٢ .

هناك مشروعات تقنين كثيرة أهمها المشروع الفرنسى الايطالى والمشروع البولونى والمشروع التشيكوسلوفاكى .

ويمكن تقسيم قوانين العالم المعروفة فى العصر الحاضر الى طوائف اربع : (أولا) القوانين اللاتينية ، ويمثلها القانون الفرنسى العتيق والمشروع الفرنسى الايطالى الحديث ، وهذان هما طرفا السلسلة فى هذه القوانين . (ثانيا) القوانين الجرمانية . ويمثلها القانون الألمانى والقانون السويسرى . (ثالثا) القانون الانجليزى . (رابعا) الشريعة الاسلامية .

اما الشريعة الاسلامية فسنعقد لها بحثا خاص فيما يلى، نبين فيه الى أى حد اخذ مشرعنا منها والى اى حد يمكنه ان يأخذ. ولما كان القانون الانجليزى غريبا عنا ولم نألفه، فمن البعيد أن نستفيد منه كثيرا عند مراجعة تشريعنا، لذلك نغفله فى بحثنا هذا. وتبقى القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية، نأخذ من الأولى اهمها وهما القانون الألمانى والقانون السويسرى، ونأخذ من الثانية احدثها وهو المشروع الفرنسى الإيطالى. وهذه هى الجديرة بأن تكون محلا للنظر إذا أردنا أن نستفيد من حركة التقنين الحديثة.

ونحن نصف وصفا موجزا كلا من هذه التقنينيات الثلاثة.

١ - القانون الألمانى

تاريخ وضع التقنين ألألمانى: يعد القانون الألمانى اضخم تقنين صدر فى العصر الحديث. ولعل كلمة «الضخامة» هى اللفظ الذى يتفق مع الطابع الألمانى. فيكاد يكون كل شيء لهم ضخما. رزقوا الضخامة فى العلم وفى الصناعة وفى الحرب وفى السياسة وفى التشريع، وامتازوا بالضخامة حتى فى اللغة، وحتى فى الجسم. والقانون الألمانى خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل، وهو يبز من الناحية الفقهية اى قانون آخر، فقد اتبع طريقة تعتبر من ادق الطرق العلمية واقربها للمنطق القانونى. ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار، فان تعقيده الفنى ودقته العلمية اقصياه بعض الشيء عن منحى الحياة العملية، وجعلاه مغلق التركيب عسر الفهم.

وقد كان القانون الرومانى، باسم قانون البندكت (Pandectes)، هو الذى يطبق فى البلاد الألمانية، قبل صدور هذا التقنين. وكانت العادات الجرمانية تطبق ايضا الى جانب القانون الرومانى. وقد صدرت مجموعات مقننة فى بعض البلاد الجرمانية ترجع الى عهد بعيد، اهمها التقنين البروسى المعروف باسم قانون فردريك الأكبر، بدأ تحضيره فى سنة ١٧٤٦ ولكنه لم يعمل به الا فى سنة ١٧٩٤. وكذلك القانون النمساوى الذى عمل به فى سنة ١٨١٢، وهو القانون الذى عدل فى السنين الأولى من الحرب الكبرى كما سبقت الاشارة الى ذلك.

ثم قام فى أوائل القرن التاسع عشر فقيه ألمانى معروف (Thinault) ، ينادى بتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فقام فى وجهه الفقيه الألمانى الكبير سافينى (Savigny) ، زعيم المدرسة التاريخية فى القانون ، وناهضه مناهضة عنيفة ، محتجا بأن القانون لايجوز تقنينه ، إذ أن التقنين يعوق تطوره ويقضى عليه بالجمود . ونجح سافينى فيما دعا اليه . فأخر بذلك التقنين الألمانى دهرا .

على أن فكرة التقنين العام الشامل للقوانين الجرمانية لم تخمد ، بل اخذت تنتشر فى شىء من البطء ، ثم نشطت حركتها على أثر تقرير شىء من الوحدة للامبراطورية الألمانية فى منتصف القرن التاسع عشر . وعندما تكَون اتحاد الشمال الجرمانى وجدت هيئة تشريعية مركزية ذات اختصاص ضيق لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الألمان والنمساويين (Juristentag) تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها ، فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) .

ولما توحدت الأمبراطورية الألمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ولما وضعت هذه الخطة ، تألفت لجنة مشكلة من احد عشر عضوا ، كلهم من الفقهاء والقضاة ، وقد قام كل عضو بكتابة النصوص فى موضوع من موضوعات القانون وكل اليه ، واخذت هذه اللجنة بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فأخرجت « المشروع الأول » للقانون الألمانى . ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء فى سنة ١٩٨٨ . فتولاه الرأى العام بالتمحيص والنقد ، ونشرت أبحاث كثيرة متنوعة ، من مقالات ورسائل ومشروعات معارضة ، كتبها المشتغلون بالقانون فى المانيا يبحثون فيها المشروع المعروض للاستفتاء من جميع نواحيه . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع أن لغته أقرب للفقه منها الى التشريع ، وأن نفوذ القانون الرومانى متغلغل فيه ، ومن أجل هذا قام فى وجهه جيبرك (Gierke) ، الفقيه الألمانى المعروف ، وكان من اكبر الدعاة

لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إذ هى قوانين البلاد الأصلية، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين الجديد.

فشكل مجلس البوندسرات فى سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضوا، جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك. واتخذت فى تعديله. وكلما انجزت جزءا نشرته للاستفتاء. فانتهى «المشروع الثانى» فى سنة ١٨٩٥. ثم عادت اللجنة إلى مراجعة هذا المشروع فى ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذى قامت به، فعدلت منه ايضا. وعرض هذا المشروع الثانى المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات فى يناير سنة ١٨٩٦، بعد ان تخفف من نزعته الفقهية وزاحمت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الرومانى. فنظر فيه هذا المجلس، واحاله، وقد أصبح «مشروعا رابعا»، على مجلس الريشستاج (Reichstag).

واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها فى طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل حتى لا يختل تناسقها. والف مجلس الريشستاج لجنة مثلت فيها كل الأحزاب. وقد اقترحت هذه اللجنة ما رأته من التعديلات فى حدود ما سبق الاتفاق عليه. فكان ذلك سببا فى سهولة وسرعة موافقة المجلس على المشروع، إذ وافق عليه فى أول يوليه سنة ١٨٩٦. وفى ١٤ يوليه من السنة نفسها، وافق عليه مجلس البوندسرات، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا. ثم ختمه الامبراطور فى ١٨ اغسطس سنة ١٨٩٦، واصدره فى ٢٤ اغسطس سنة ١٨٩٦، على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠.

هذا هو تاريخ موجز للتقنين الألمانى. نرى منه قدر العناية التى بذلها الألمان فيه. فقد صرفت اللجان والمجالس المختلفة فى دراسته اكثر من عشرين عاما. وتحضير هذا التقنين يمتاز بما يأتى: (١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه، حتى صار محكما دقيقا. وقد جمع الفقه الألمانى فى أرقى مراحله. (٢) اشتراك غير القانونيين، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك، فى تحضيره. وهذا ما جعله ثمرة التجارب

العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية . (٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصاً دقيقا وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته . وهذه دروس يجب أن نستفيد منها عند مراجعة تشريعنا المدنى .

ترتيب التقنين الألمانى: اما ترتيب هذا التقنين ، فقد احتذى واضعوه فيه مثل الباندكت الرومانية ، فجاء فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للأحكام المتعلقة بالشخص وبالشيء وبالعمل القانونى ، وانتهت بأحكام فى مضى المدة المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الألمانى عند الكلام فى الأشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالأهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية سوء استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

اما الكتب الأربعة الأخرى ، فالاثنان الأخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل احدهما على ما بقى من نظرية الالتزام . والثانى عرض للأشياء ، فبدأ بالحيازة ، وأخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض أسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

تقدير هذا التقنين: ولاشك فى ان هناك كثير من الدروس يمكن استخلاصها من قانون المعاملات فى التقنين الألمان ، والاستفادة منها عند مراجعة تشريعنا المدنى . وقد قدرت اللجنة الرسمية الفرنسية ، التى قامت بترجمة القانون الألمانى إلى اللغة الفرنسية والتعليق عليه ، هذا القسم من التقنين تقديرا كبيرا من ناحية القانون المقارن[1] .

وقدر التقنين الألمانى تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الاستاذ جودميه (Goudemet) ، فى مقاله المنشور فى كتاب العيد المئينى

---

(١) انظر مقدمة هذه الترجمة جزء أول ص ٢٥ ـ ٢٦ .

للقانون الفرنسي[١] ، عن هذا التقنين ما يأتي : «ظهر التقنين الألماني ، وهو آية من آيات الفن والعلم . كخلاصة نفيسة للنتائج التي وصل إليها الفقه الألماني في غضون القرن التاسع عشر ، سواء في دائرة البانديكت (القانون الروماني) أو في دائرة القانون الجرماني الخاص . ولكن كثيراً من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لا يسد كل الحاجات التي تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألماني ، كما قيل عن التقنين الفرنسي ، أنه تشريع مغرق في نزعته «البرجوازية» ، وقد وضع ليحمي مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح إلا مكانا ضيقاً للأفكار الحديثة ، التي تقضي بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعي» .

وبعد ان ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانوني في القرن التاسع عشر ، قال ما يأتي : «وله ، إلى جانب مزاياه التي لا نزاع فيها ، عيوب لاتقل عنها تحقيقا . فهو عمل نظري في جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقيل لا يستمرأ ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألماني أن يضع حلا لكل شيء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا في هذا بصناعة سار فيها إلى أبعد شوط . وإذا كان قد نجح في هذا بعض النجاح ، فقد خسر في سبيل هذا النجاح مزيتي الوضوح والنزعة العملية . ولا شك في أن العمل جليل يملي الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقهيا أكثر منه مجهودا عمليا تسري فيه روح الحياة[٢]» .

ب - القانون السويسري

ترتيب هذا التقنين : ينقسم القانون السويسري إلى قسمين منفصلين أحدهما عن الآخر . الأول القانون المدني ويشتمل على اربعة كتب ، أحدها في الأشخاص الحقيقية والاعتبارية ، والثاني في قانون الأسرة ، والثالث في الميراث والوصية ، والرابع في الحقوق العينية . والقسم الثاني في قانون الالتزامات ، ويتضمن ثلاثة ابواب ، أولها يضع نظرية عامة

---

(١) جزء ٢ ص ٩٦٩ .

(٢) انظر جوسران ١ ص ٥٢ - انظر ايضا الأستاذ والتون في مقاله المنشور بمجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ص ١٨٢ - ١٨٤ .

للالتزامات ومصادرها ، والثانى يتناول العقود المدنية ، والثالث يتكلم فى العقود والأوراق والدفاتر التجارية .

ومن ذلك نرى أن المشرع السويسرى يدمج القانون التجارى فى قانون الالتزامات ، ويفصل ما بين الالتزامات وبقية أجزاء القانون المدنى . والسبب فى ذلك يرجع إلى اعتبارات تاريخية ، لا إلى طريقة علمية قصد اتباعها .

تاريخ وضعه : وذلك أن جمهورية الاتحاد السويسرى فكرت أول الأمر فى تقنين تشريعاتها التجارية . فشكلت لجنة فى سنة ١٨٦٣ من بعض أساتذة القانون لبحث مشروع للقانون التجارى وضعه أحد أعضاء اللجنة ، الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . وكان يشمل القانون التجارى وبعض قانون الالتزامات . ثم انعقد مؤتمر من نواب المقاطعات السويسرية لمناقشة هذا المشروع ، فاقترح المؤتمر أن يكون المشروع شاملا لكل قانون الالتزامات إلى جانب القانون التجارى . فوضع الأستاذ منتسنجر مشروعا جديدا يحقق هذه الرغبة فى سنة ١٨٧١ ، وقد اتخذ مشروع درسد الألمانى ، الذى سبقت الاشارة إليه ، اساسا لعمله .

ثم صدر دستور جديد لجمهورية الاتحاد السويسرى فى سنة ١٨٧٤ ، يعطى هيئة التشريع المركزية حق التشريع فى مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل فى المنقول . وجعله شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجارى ، ليكون ذلك قانونا عاما لجميع الولايات السويسرية . إذ أن هذا داخل فى اختصاص الهيئة التشريعية المركزية وفقا للدستور الجديد .

فقدم الأستاذ فيك Fick ، بعد موت الأستاذ منتسنجر ، مشروعه الأول فى سنة ١٨٧٥ . وتشكلت لجنة من بعض الأساتذة والقضاة لبحث هذا المشروع ، فبحثته ونشرته للاستفتاء فى سنة ١٨٧٧ . ثم اعادت بحثه مرة ثانية ، بعد زيادة فى أعضاء اللجنة ، فبسطت من عبارته ، وزادت فى وضوحه . وعرض المشروع على الهيئة التشريعية فى سنة ١٨٧٩ ، فأعادته لمراجعته فى بعض أجزائه . ثم وافقت عليه جملة واحدة فى سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لا تخل بتناسق التقنين وقد عمل

به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الأولى .

ويتبين مما تقدم ان السبب فى فصل قانون الالتزامات عن بقية أجزاء القانون المدنى يرجع إلى اعتبارات دستورية . فقد رأينا ان دستور سنة ١٨٧٣ لم يكن يعطى الهيئة التشريعية المركزية فى جمهورية الاتحاد حق التشريع إلا فى المسائل التجارية وفى موضوع الالتزامات ، فصدر التشريع المركزى مقصورا على هذه الموضوعات . ولما روجع دستور الاتحاد فى سنة ١٨٩٨ اعطيت الحكومة المركزية حق التشريع فى جميع مسائل القانون المدنى . فاعتزمت الحكومة على تكملة التقنين المدنى ، وعلى مراجعة قانون الالتزامات فى الوقت ذاته ، لسرعة تطور التشريع فى العصور الحديثة[١] .

فبدأ الأستاذ (Huber) بوضع مشروع للقانون المدنى يكمل قانون الالتزامات . ثم راجع بعد ذلك قانون الالتزامات ، وجعله الباب الأخير من مشروع القانون المدنى . واحيل المشروعان على لجان مشكلة من بعض الأساتذة والقضاة . وعرضا بعد ذلك على الهيئة التشريعية المركزية . فأقرت هذه الهيئة القانون المدنى منفصلا عنه قانون الالتزامات فى سنة ١٩٠٧ ، وتقرر ان يعمل بهذا القانون فى أول يناير سنة ١٩١٢ .

ثم شكلت لجنة جديدة ، من اساتذة وقضاة ايضا ، لاعادة مراجعة المشروع المعدل لقانون الالتزامات ، فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا إلى الهيئة التشريعية فى سنة ١٩٠٩ ، فأقرته هذه الهيئة فى سنة ١٩١١ ، على أن يعمل به هو والقانون المدنى معا فى أول يناير سنة ١٩١٢ . وهذا هو قانون الالتزامات السويسرى فى صورته الحاضرة .

وقد بقى منفصلا عن القانون المدنى كما كان الأمر من قبل ، لأن مراجعته لم تكن كاملة ، بل بقى الجزء الخاص بالقانون التجارى على حاله

---

(١) فاذا كان السويسريون قد احسوا ضرورة مراجعة تقنينهم ولم يمض عليه اكثر من خمسة وعشرين عاما ، مع انه صدر فى نفس الوقت الذى صدر فيه تقنيننا (سنة ١٨٨١ وسنة ١٨٨٣) ، وكان وضعه اكثر دقة واشد حكاما ، فما احوجنا اليوم ، وقد مضى على القانون المصرى خمسون عاما ، الى هذه المراجعة .

كما كان فى سنة ١٨٨٣ ، إذ ضاق الوقت عن مراجعته ، بعد أن اعتزم العمل بقانون الالتزامات مع القانون المدنى فى سنة ١٩١٢ . ويقول السويسريون ، تبريرا لعدم توحيد القانون المدنى ، ان قانون الالتزامات (وقد اكتفى بجعله الكتاب الخامس ، مكملا بذلك كتب القانون المدنى الأربعة دون أن يدمج فيها) قانون قائم بذاته ، له تقاليد مستقلة ، وتاريخ قديم ، وقد الفت الناس الاشارة إلى نصوصه ، فلا يضر وحدة التشريع بقاؤه منفصلا ماديا محضا[1] .

ومما هو جدير بالذكر أن التقنين السويسرى صدر بلغات ثلاث ، الألمانية والفرنسية والايطالية ، وكلها لغات رسمية للقانون . وقد اقتضت ذلك حالة سويسرا من حيث تعدد اللغات فيها .

ونحن إذا عرضنا لكيفية تحضير التقنينات الحديثة ، فذلك لنستخلص منها دروسا نافعة ، نستفيد منها فى وضع نظام للاجراءات التى يحسن اتباعها فى مراجعة تشريعنا . ويلفت النظر فى تاريخ تحضير التقنين السويسرى ان هذا التقنين قام على أكتاف الأساتذة ، بل ان الذى كان يضع المشروعات الأولى هو استاذ واحد (منتسنجر - فيك - هوبر) ، ثم تبحث المشروع لجنة مشكلة من أساتذة وقضاة . وهذا يختلف عن تحضير التقنين الألمانى ، فقد اشترك فيه رجال غير قانونيين كما قدمنا ، وقام بوضع نصوص المشروع الأول احد عشر شخصا لا شخص واحد .

وكان المنتظر ان يكون التقنين السويسرى ، وهو من عمل الأساتذة ، عملا فقهيا ، فإذا به ذو صبغة عملية بارزة ، كما سنبين ذلك . أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك فى تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة ، وقد سلفت الاشارة إليها .

تقديره يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتغاير بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة الدقة والتعمق ، ثم يضم إلى كل ذلك الجدة والتمشى مع أحدث النظريات

---

(١) انظر شنيدر وفيك فى قانون الالتزامات السويسرى ص ٧ - وتقرير لجنة المجلس التشريعى الاتحادى فى وثائق هذا المجلس سنة ١٩١١ المجلد الأول ص ٦٩٩ .

العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الألماني من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسي من حيث السلاسة والوضوح .

فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا في انتشاره انتشارا سريعا . واصبح شأنه من حيث الذيوع في القرن العشرين شأن التقنين الفرنسي في القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعا لها جملة واحدة ، وأثرته على جميع التقنينات الغربية عند ما ارادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع الأوروبي . ولا شك في ان هناك دروسا نافعة كثيرة يمكننا اخذها من هذا التقنين عند مراجعة تشريعنا .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج ايديهم ، لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفي هذا يقول الأستاذ روسل (Rossel)[١] : «قد استمددنا القانون المدني السويسري من مصادر هي مصادرنا . وقد استطعنا ان نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيننا ليس مدينا لأي من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما إلا في بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريبا بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول ان تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا واخلاقنا وعقليتنا ، إذ انه حقا تشريع سويسري قبل كل شيء» . وهذا وصف رائع لما يجب ان تكون عليه تشريعات الأمم ، وان كان فيه شيء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم هم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك في هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب . فيرى الأستاذ جودميه أن التقنين السويسري قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصبغته العملية السائدة ، وقد حقق ، بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، إلى اقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديموقراطي[٢] . ويرى الأستاذ

---

(١) القانون المدني السويسري - لوزان ص ٨ - ٩ .

(٢) المقال المنشور في كتاب العيد المئيني للقانون الفرنسي جزء ٢ ص ٩٦٩ - ٩٧٠ .

جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألمانى من وجوه كثيرة، فهو أكثر مرونة، وأقل صبغة فقهية، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض، بل ترك للقاضى وللفقيه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد واكتفى بتقرير المبادىء العامة، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون[١]. ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية، لبساطة عبارته، ووضوح أسلوبه، وصبغته العملية[٢].

جـ - المشروع الفرنسى الايطالى

تاريخ وضعه: المشروع الفرنسى الايطالى هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد قانونا. ولكنه مع ذلك صار موضوعا لدراسات متعددة. إذ هو خلاصة القوانين اللاتينية، جددت حتى صارت تماشى العصر. وهو يصلح أن يكون مشروعا لمراجعة القانون الايطالى والقوانين اللاتينية الأخرى. فأصبحت دراسته عنصرا من عناصر القانون المقارن. ويوضع عادة رمزا للروح اللاتينية، إلى جانب القوانين الألمانى والسويسرى رمز الروح الجرمانية.

بدأ وضع المشروع فى أواخر الحرب العظمى، فى سنة ١٩١٨، إذ قام الأستاذ شيالويا (Scialoja) الفقيه الايطالى المعروف، ينادى بتوحيد القانونين الفرنسى والايطالى، ليكون ذلك أساسا لتوحيد القانون فى أكثر بلاد العالم. فلقى من الأساتذة الفرنسيين، لا سيما الأستاذ لارنود (Larnaude) عميد كلية القانون بباريس فى ذلك الوقت، ترحيبا بدعوته. والفت لجنتان، احداهما فرنسية برياسة الأستاذ لارنود، والأخرى ايطالية برياسة الأستاذ شيالويا. وكان اعضاء اللجنتين من الأساتذة والقضاة والمحامين والوزراء السابقين واعضاء الهيئات التشريعية وكبار الموظفين. واتفقت اللجنتان على أن يبدا اعملهما بقانونى الالتزامات والعقود.

---

(١) جوسران ١ فقرة ٥٣.

(٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٢ و ص ١٨٤.

وتحولت اللجنة الايطالية إلى لجنة رسمية ، واختصت بمصادر الالتزام وانواعه المختلفة . اما اللجنة الفرنسية فبقيت غير رسمية مدة طويلة ، واختصت بآثار الالتزام وطرق اثباته ، ثم تحولت بعد ذلك إلى لجنة رسمية . وما لبثت اللجنة الايطالية ان حلت محلها لجان متعاقبة ، تكمل كل لجنة اعمال سابقتها .

وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية ، بعد ان أصبحتا رسميتين ، تعملان ، وتتصل احداهما بالأخرى ، اما بطريق اجتماعات دورية أو بطريق المراسلة او ايفاد مندوبين ، حتى انتهتا من عملهما . فأتمتا مشروع تقنين في موضوع الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وارفق به تقرير تفسيرى ، وقدم للحكومتين فى سنة ١٩٢٨ .

ترتيبه : فالمشروع مقصور إذن على الالتزامات والعقود . ويضع الباب الأول منه نظرية عامة للالتزامات ، وهو مقسم إلى ستة فصول ، تبحث فى مصادر الالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . ويعقب الباب الأول ابواب كثيرة ، عقد كل باب منها لعقد من العقود المعينة ، فبسط المشروع احكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (Hotellerie) ورهن الحيازة فى المنقول وفى العقار والكفالة .

تقديره : والمطلع على المشروع لا يسعه إلا أن يعجب بالمجهود الكبير الذى قام به واضعوه . فقد كلفهم هذا العمل جهود عشرة أعوام لم تذهب عبثا . فخرجوا بعمل تشريعى يستوقف النظر ، ويكسب القوانين اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، وينفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه . وهو من الناحيتين الشكلية والموضوعية يفضل التقنين الفرنسى والايطالى اللذين يراد به أن يحل محلهما . ولا شك فى أن دراسة هذا المشروع ضرورية لنا عند ما نريد مراجعة تشريعنا ، إذ هو نواة صالحة لمراجعة ما كان مصدره لاتينيا من القوانين ، كقانوننا المصرى . وقد ذهب البعض إلى حد أن اقترح اتخاذ المشروع برمته قانونا فى مصر ، نعدل به قانوننا

فى الالتزامات وفى العقود[١]. ونحن وان كنا لا نذهب إلى هذا الحد، لا نشك فى امكان الاستفادة من المشروع الفرنسى الايطالى عند مراجعة تشريعنا الحاضر. فقد توخى فى وضعه قدر كبير من الدقة، وادخل فيه كثير من النظريات القانونية الحديثة.

واليك ما يقوله واضعو المشروع فى التقرير التفسيرى الذى ارفقوا به مشروعهم: «لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود أخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين. وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح أن يمثل، فى كل بلد من البلدين، ارقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل. فأوجدوا بذلك اول نموذج جدى لما يمكن ان يكون عليه، فى المستقبل القريب او البعيد، قانون خاص جديد لأوروبا، يكون مشتركا بين جميع الأمم، او بين طائفة كبرى من هذه الأمم الأوروبية، بل ومن أمم أخرى وراء البحار. فنحن تعجلنا بذلك اعمال معهد توحيد القانون الخاص، واوجدنا أول أساس قوى لقانون عالمى مشترك[٢]».

وقد اقتبس واضعو المشروع، كما يذكرون فى تقريرهم[٣]، بعض الأحكام من القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والقانون البرازيلى وغيرها من القوانين الأخرى، حتى يجعلوا المشروع نواة صالحة لتوحيد القوانين المتحضرة فى العالم.

والظاهر ان المشروع كان له صدى واسع فى البلاد التى تأثرت بالقوانين اللاتينية. فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها. وإتخذته البانيا بالفعل تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها. وتتبعه بلاد اخرى باهتمام كبير، كاليونان وبولونيا ويوجوسلافيا وبلجيكا وامريكا اللاتينية.

---

(١) انظر محاضرة الأستاذ بوابيه (Boyé) المنشورة فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ٢٨ - ص ٢٩ ويشير الأستاذ بوابيه، فى محاضرة اخرى، باتخاذ المشروع الفرنسى الايطالى مصدرا تشتق منه المحاكم مبادى القانون الطبيعى والعدالة.

(٢) ص ٣٥ من التقرير

(٣) ص ٣٧ من التقرير

والسر في نجاحه، على ما يظهر، يرجع إلى انه محافظ على الروح اللاتينية فى بساطتها ووضوحها، وهو يتمشى فى الوقت ذاته مع النظريات الحديثة. وقد وصل الأستاذ بوييه (Boyé) من الغلو فى تقديره إلى حد ان فضله على التقنين السويسرى من حيث الدقة والتحديد[١].

على اننا نرى أن المشروع الفرنسي الايطالي ، وهو فى ذلك ككل عمل تشريعي يرمي إلى توحيد القوانين ما بين الأمم المختلفة، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة فى تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى إلى توحيدهما. وهو يكاد يكون رجعيا فى نزعته، إذ يحتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحى من اجل الاحتفاظ بها التمشى مع روح التقدم الحديثة فى بعض النواحي، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا فى التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة، فيكون بذلك ادنى إلى ان تأخذ به الأمتان. من ذلك انه لا يعترف بحوالة الدين كما اعترف بحوالة الحق. وهو يجارى فى ذلك القانونين الفرنسى والايطالى. ويحتفظ ببعض اغلاط فى القانون الفرنسي، دون أن يوجد سبب ظاهر لذلك إلا رغبة واضعى المشروع الا يحدثوا تغييرات كثيرة فى التشريعات الحاضرة[٢]. ولم تفت ملاحظة هذه النزعة الرجعية بعض من اشتركوا فى وضع المشروع[٣].

---

(١) انظر محاضرته المشار إليها فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ١٨

(٢) انظر مثلا لذلك المادة ١٩ من المشروع، وهى خاصة بالاكراه. يقع هذا النص فى نفس التناقض الذى وقعت فيه المادة ١١٢ من القانون المدنى الفرنسى، من حيث جمعه بين المعيار المادى والمعيار الشخصى للاكراه. ويرتكب الخطأ الذى ارتكبه المشرع الفرنسى فى المادة ١١١٣ من تعداده اشخاصا معينين يعتبر وقوع الاكراه عليهم مؤثرا فى ارادة المتعاقد، وان كان قد افسح المجال بعض الشىء لتقدير القاضى

(٣) من ذلك ما يقوله الأستاذ ريبير (Ripert): «لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه، أو تسجيل كل الأفكار التى جدت فى موضوع الالتزامات فى غضون القرن الماضى وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية. وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة، التى اخذت بها التشريعات الأجنبية أو القضاء، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة، فى هذا القانون المشترك. وهذه خطة حكيمة. وخطرها الوحيد هو انها لا تفسح مجالا للتقدم. فالاتفاق على ابقاء الموجود أسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه. لذلك امعن المشروع الفرنسى الايطالى فى نزعته المحافظة اكثر مما يجب فى

على أنهم جميعا يعترفون بأنهم تجنبوا ادخال تعديلات جوهرية فى التشريعات الحاضرة[1].

اهمية الرجوع إلى التقنينات الحديثة : يتبين مما تقدم اهمية الرجوع إلى التقنينات الحديثة عند تنقيح تشريعنا المدنى ، فمنها نستطيع أن نستخلص أحدث النظريات القانونية ، فنختار ما يتلاءم مع حالتنا . وسنشير إلى بعض من هذه النظريات عند ما نبين الأساس الذى تبنى عليه المراجعة .

والذى يهمنا هنا أن نؤكده هو أن التقنينات الحديثة قد تقدمت تقدما محسوسا ، يجعل القانون الفرنسى العتيق ، والقانون المصرى معه ، قديمين لا يكادان يصلحان للعصر الذى نعيش فيه .

فتقدم علم القانون المقارن والتشريعات الحديثة هو إذن سبب آخر ، يضاف إلى السبب الأول ، ويدعونا إلى التعجيل بتنقيح قانوننا المدنى .

= كثير من المسائل . ولم يكن يمكن تحقيق الاتفاق إلا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض انه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا ، (مقدمة الأستاذ ريبير لرسالة فيفوردنو فى المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة١٩٣٢ ص ٥) .

(١) انظر التقرير المرفق بالمشروع ص ٣٧ - ص ٤١ .

§٢

على أى اساس يكون تنقيح القانون المدنى المصرى

دقة الموضوع: لا يكفى ان نشير بتنقيح القانون المدنى، بل يجب ان نبين على اى اساس يكون هذا التنقيح. ونحن نورد ما يعن لنا من الراى فى هذا الموضوع الدقيق. وحسبنا ان نفتح الباب لمناقشة هذه المسألة بما تقتضيه من دقة وتعمق، فإن خطر الأمر يتطلب مجهودا كبيرا يشترك فيه المشتغلون بالقانون فى مصر، فليس تنقيح تقنين، لا سيما إذا كان هو التقنين المدنى، بالأمر الهين.

لذلك نتقدم بملاحظاتنا فى هذا الموضوع فى شىء من التهيب. ولا نقصد إلا ان نضع الأمر تحت اعين رجال القانون، ليروا فيه رأيهم بعد مناقشة وبحث وتمحيص.

وقبل ان نحدد الأسس التى يبنى عليها تنقيح القانون المدنى، نحب ان نتقدم بأمر يجب ان يكون التفكير فيه سابقاً على كل تفكير. فإن تنقيح القانون المدنى لا يكون ذا قيمة فى نظرنا، إلا إذا تم لنا من هذا التنقيح تقنين مدنى **كامل موحد**.

ادماج الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى: نريد تقنيننا كاملا، فلا معنى لشطر القانون شطرين، بين معاملات واحوال شخصية. فالتقنين الجديد يجب ان يكون شاملا لكل المسائل التى يحتويها القانون المدنى الكامل. ولا نقصد بهذا ان ننقل تشريع الأحوال الشخصية من التشريعات الغربية، بل يجب ان يكون تشريعنا فى هذه المسائل منقولا من الشريعة الإسلامية، مع جعله ملائما لأن يطبق على غير المسلمين من المصريين، فيكون لنا بذلك تشريع عام فى الأحوال الشخصية، يخضع له جميع المصريين، مع احترام العقائد الدينية وعدم المساس بها. فنحن إذن لا نريد بادماج الأحوال الشخصية فى القانون المدنى أن ننتقص من سلطان الشريعة الإسلامية، بل على العكس من ذلك، نحن نحب امتداد هذا السلطان إلى دائرة المعاملات نفسها. ولكننا نريد أن نحصل على مزية التقنين فى جميع تشريعنا المدنى. اما فى الحالة الحاضرة، فلا نزال نصف قانوننا المدنى غير مقنن. ولا علة لهذا سوى وهم قام بالذهن من أن الشريعة الاسلامية يجب البحث عنها فى بطون كتب الفقهاء، مع أن تقنينها أمر

ليس بالصعب ، بل هو أمر قد تم بالفعل ، وقد قام به الأتراك رسميا فى «مجلتهم» المشهورة . وقام به فذ من المصريين هو المرحوم محمد قدرى باشا ، فوضع كتبا قيمة يقنن فيها أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية وفى المعاملات وفى الوقف . فلتقنين الشريعة الاسلامية إذن سوابق معروفة . ولا نذهب بعيدا ، فإن المشرع المصرى قد قنن بالفعل بعض احكامها فى شكل تشريعات خاصة ، ادمج بعضها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبقى البعض الآخر منفصلاً[1] . فلماذا لا نقوم بالعمل كاملا ، ونتولى ، بمناسبة تنقيح القانون المدنى ، تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وننتهز هذه الفرصة فنختار من كتب فقهاء المسلمين فى هذه المسائل ما يكون اكثر اتفاقا مع روح العصر ، دون أن نتقيد بمذهب معين ، فيكون تقتنين احكام الأحوال الشخصية ليس مجرد تقنين ، بل هو اصلاح قانونى شامل ، نحس جميعا ان البلاد متعطشة له . بل هو لايكون اصلاحا فحسب ، إذ نحب ان تكون الأحكام التى نقننها من الشريعة الاسلامية قابلة للتطبيق على غير المسلمين من المصريين . وإذا اقتضى الأمر ان نقنن احكاما خاصة بغير المسلمين ، امكن ادماج هذه الأحكام فى تقنين الأحوال الشخصية على ان يقتصر تطبيقها على غير المسلمين . وبهذا يخلص لنا تقنين مدنى كامل ، معروف الأحكام ، بين السبيل .

وادماج احكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى لا يعنى حتما ادماج المحاكم الشرعية والمجالس المحلية والمجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية ، وان كان ذلك مما يرغب فيه كل مصرى يحب إصلاح القضاء فى بلاده . ولكن إذا فرض أن هذا الاصلاح لم يقدر له أن يتم الآن ، فانه من الممكن فصل فكرة توحيد التقنين عن فكرة توحيد المحاكم . وإذا أعوزنا ان تكون لنا محكمة واحدة ، فلا اقل من ان يكون لنا قانون واحد . وهذا

---

(١) وقد الفت حكومة الجزائر ، من مدة طويلة ، لجنة لتبحث فى امكان تقنين احكام الشريعة الاسلامية . فاختلفت الآراء ، واشار البعض بالتقنين ، واشار البعض الآخر بعكس ذلك . ولكن الظاهر ان هناك ظروفا خاصة ببلاد الجزائر ، كان لها اثر كبير فى هذا الاختلاف . فبعض القائلين بعدم التقنين كانوا يخشون ، إذا قننت احكام الشريعة الاسلامية ، ان يتوطد سلطان هذه الأحكام ، ويصعب بعد ذلك منافسة احكام القانون الفرنسى لها . (انظر الوثائق التى نشرتها حكومة الجزائر فى سنة ١٩٠٦ تحت عنوان : مشروع تقنين الشريعة الاسلامية : الجزائر سنة ١٩٠٦) .

القانون تطبقه المحاكم المختلفة، كل محكمة فى دائرة اختصاصها، فالمحاكم الشرعية والمجالس الملية تطبق القسم الخاص بالأحوال الشخصية من هذا التقنين الجديد، والمجالس الحسبية تطبق القسم الخاص بالأهلية وما يتعلق بها، والمحاكم الأهلية تطبق القسم الخاص بالمعاملات. وتبقى الحال كذلك حتى يحين الوقت الذى تندمج فيه كل هذه الجهات القضائية فى جهة واحدة، ونرجو أن يكون قريبا.

توحيد التقنين الأهلي والمختلط: وكما نريد تقنيننا كاملا يشمل الأحوال الشخصية إلى جانب المعاملات، نريده كذلك موحدا يطبق على جميع سكان مصر، من مصريين وأجانب. فلا يكون هناك تقنين للمحاكم الأهلية، وتقنين آخر للمحاكم المختلطة. فإن اختلاف القوانين فى المسألة الواحدة ليس من شأنه إلا إيجاد الفوضى والاضطراب فى المعاملات، وقد سبقت الاشارة إلى الضرر الذى ينجم عن ذلك، عند الكلام فى وجوه الخلاف الموجودة بين القانون الأهلى والقانون المختلط. وليس المصريون وحدهم هم الذين يقولون بوجوب توحيد القانون المدنى، فإن فقهاء كبارا من غير المصريين ينعون على التشريع المصرى عدم التوحيد، وإليك ما يقوله الأستاذ ارمانجون فى هذا الصدد: «والداهية أن (القواعد القانونية) ليست واحدة فى القوانين المختلطة والقوانين الأهلية. وإذا كانت هذه مأخوذة من تلك فإن النقل لم يكن امينا. وسنرى، فى كثير من المسائل التفصيلية، خلافا بين التشريعين فى المسائل المدنية والتجاريةوقواعد المرافعات... ومما يزيد الموقف سوءا أن بعض أحكام الشريعة الاسلامية، وتطبقها قضاة المحاكم الشرعية، داخلة فى دائرة الاحوال العينية... فأصبح يوجد بذلك ثلاثة تشريعات مصرية فى المعاملات، دون فائدة أو سبب ظاهر. وهذا عدم اتساق فى التشريع غريب، ليس بالنظرى مطلقا، وسيظهر لنا فيما يلى بعض الأضرار الجسيمة التى تنجم عنه[1]». وقد لاحظ الأستاذ ارمانجون، فىالمقال الذى وردت فيه هذه العبارة، أن توحيد القانونين الأهلى والمختلط، فى الوقت الذى كتب فيه هذا المقال، أمر صعب التحقيق، إذ يقتضى موافقة

---

(١) كتاب العيد المئيني للقانون المدنى الفرنسي جزء ٢ ص ٧٤٠.

الدول ذوات الامتياز على هذا التوحيد ، وعلى كل تعديل يتم بعد ذلك[٢] ، ولكن هذه الصعوبة قد زالت إلى حد كبير ، إذ يكفى الآن موافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وتغنى هذه الموافقة عن الحصول على موافقة جميع الدول .

على ان الأمر اكبر خطرا من أن نصطنع فيه هوادة أو استرخاء . فهل قدر لنا ان نبقى غير مستقلين فيما يتناول الصميم من سيادتنا الداخلية ، وهو حق التشريع . أليس حق التشريع الشامل لكل سكان البلاد هو من اخص مميزات سيادة الدولة . فكيف نبقى مغلولى الأيدى دون هذا الحق ، وإلى متى نعانى هذا القيد الثقيل ؟ ان كل مصرى سمع شيخ القضاة يدوى صوته فى اكبر حفل جمع رجال القضاء والقانون ، وفى حضرة مليك البلاد ، وهو يعلن فى عزم وإباء : « ان مصر اصبحت مستحقة للتمتع بما تتمتع به كل أمة من الاستقلال بادارة العدل فى ديارها بين قضاتها اجمعين » ، لم يلبث ان أحس صوت هذا الشيخ الجليل قد مس الوتر الحساس فى قلبه ، وأن هذا القول قد عبر به ، لا عن أمنية المصريين فحسب ، بل عن رغبتهم الصادقة ، وإرادتهم التى لا ينثنون عنها ، فى أن يكون لجميع سكان البلاد تشريع واحد ومحاكم واحدة .

على أن توحيد التقنين المدنى يمكن النظر فيه منفصلا عن توحيد المحاكم كما اسلفنا . فمهما يكن من مصير المحاكم المختلطة ، فإن توحيد التقنين المدنى فى المعاملات أمر ضرورى على كل حال ، سواء بقيت هذه المحاكم أو زالت . إذ على فرض بقائها ، والأخذ فى ذلك بمشروعات هرست (Hearst) فى الاصلاح القضائى ، وهى المشروعات التى دارت بشأنها مفاوضات طويلة بين مصر وانجلترا ، فلا يشك أحد من المشتغلين بالقانون أن وجود تقنين واحد ، تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية[١] على السواء ، أمر يقتضيه حسن توزيع العدالة فى البلاد .

---

(٢) كتاب العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى جزء ٢ ص ٧٥٦ - ص ٧٥٧ .

(١) يسرنا ان نعلم ان لجنة الاحتفال بالعيد الخمسينى للمحاكم الأهلية قد اقترحت تعديل الاسم الفرنسى الذى يطلق على هذه المحاكم . فلا تدعى Tribunaux indigènes ، بل تدعى Tribunaux nationaux .

وحبذا لو ظهر اثر هذا التعديل فى اللغة العربية ايضا . ولا نرى ان تسمى محاكمنا « بالمحاكم الوطنية » ، فهذا اسم لا يختلف كثيرا عن اسم « المحاكم الأهلية » ، او هى

ويقضي على الفوضى والاضطراب الذي يسود المعاملات من جراء اختلاف القوانين . وإذا كنا قد رأينا انه يمكن ادماج احكام الأحوال الشخصية فى التقنين المدنى ، مع بقاء محاكم الأحوال الشخصية منفصلة عن المحاكم الأهلية ، فإنه يمكن من باب أولى أن يتوحد التقنين الخاص بالمعاملات ، مع قيام طائفتين من المحاكم ، كل منهما تطبقه فى دائرة اختصاصها . وإذا كان الفرنسيون والايطاليون يسعون إلى توحيد قوانينهم ، مع اختلاف المحاكم التى تطبقها ، كما رأينا ذلك عند الكلام فى المشروع الفرنسى الايطالى ، مع أن فرنسا وايطاليا دولتان مستقلتان احداهما عن الأخرى ، فكيف لا تطلب مصر ، وهى دولة واحدة ، أن يكون لها فى المسائل الواحدة قانون واحد[١] .

فنحن إذن نعتقد أننا نعبر عن رغبة المصريين جميعا إذا قلنا إن مصر تريد ، عند مراجعة تقنينها المدنى ، أن تحصل من هذه المراجعة على تقنين كامل موحد ، يطبق على كل سكان مصر ، مسلمين او غير مسلمين ، مصريين او اجانب .

الأسس التى تبنى عليها المراجعة : وإذ فرغنا من تقرير ذلك ، ننتقل إلى بيان الاسس والمصادر التى يبنى عليها التنقيح المرجو ، من

لا يؤدى المعنى المقصود وخير تسمية نراها هى « المحاكم المصرية » . ولا يعترض على ذلك بأنه توجد فى البلاد محاكم مصرية اخرى ، كالمحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية . فكل هذه محاكم استثنائية ، إذا قرنت إلى محاكم « القانون العام » وجب أن تتخذ لها اسما خاصا يميزها . اما المحاكم العامة ، فهى وحدها التى تسمى بالمحاكم المصرية . وإذا اطلق هذا الاسم وجب أن ينصرف إليها دون غيرها . على ان اسم « المحاكم المصرية » رمز فيه تفاؤل بالمستقبل . فسيأتى اليوم الذى تندمج فيه كل هذه المحاكم الاستثنائية فى « المحاكم المصرية » ، فلا يبقى فى البلاد إلا محاكم من نوع واحد ، نكون فى غنى بعد ذلك عن وصفها بالمصرية .

(١) ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأنه إذا وحد التقنين الأهلى المختلط ، واريد بعد ذلك تعديل هذا التقنين ، وجب الرجوع إلى الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، فإن هذه الجمعية يرجع إليها الآن فى كل تشريع يراد سريانه على الأجانب ، فلا فرق إذن بين العهدين . على انه يجب أن يحصر تدخل الجمعية التشريعية ، فى العهد الجديد ، فى حدود ضيقة جدا ، كما تقرر ذلك فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا .

حيث الشكل ومن حيث الموضوع . فنبين أولا ما يحسن إتباعه من الاجراءات للقيام بهذا التنقيح ، وعلى أى أسلوب تشريعى يكون . ثم نبين بعد ذلك ما تجب مراعاته عند النظر فى التنقيح موضوعا ، ومن أى المصادر القانونية نستمد ما نريد ادخاله من التعديلات على تشريعنا الحاضر .

أولا : الأسس التى تبنى عليها التنقيح من حيث الشكل

أ) استعراض القواعد العامة فى الصياغة التشريعية :

صناعة التقنين : التشريع فن له قواعده واصوله ، فلا يجوز أن نغفل أصول هذا الفن عند القيام بعمل تشريعى خطير كتنقيح التقنين المدنى . وقد كانت الصنعة التشريعية الهاما قبل أن تستقر فنا . وكان كل مشرع ومقنن يستلهم قسطا من هذا الفن الخفى يصطنعه فى تشريعه وتقنينه ، ويفعل ذلك دون شعور منه ، شأن كل فن فى مبداه ، قبل أن ترسم له قواعده ، وتمهد خططه وسبله . ثم بدأ فن التشريع فى العصر الحاضر يقوم على أسس ممهدة وقواعد مرسومة .

وللأستاذ جنى (Geny) فضل كبير فى تمييز الصياغةعن العلم فى القانون . فقد بين ذلك بوضوح فى مقال له نشر فى كتاب العيد المئينى للقانون المدنى الفرنسى[1] ، ثم فى محاضرة القاها بمدرسة العلوم الاجتماعية بباريس سنة ١٩١٠[2] ، ثم فى كتاب له يعد من اجل المؤلفات القانونية واعظمها خطرا ، أسماه «العلم والصياغة فى القانون الخاص[3]» .

وأصبح من الثابت أن مهمة القانون الأساسية هى الصياغة الفنية للقواعد العلمية التى تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة ، فتوضع هذه القواعد فى القالب القانونى الملائم . وليس القانون صناعة واحدة ، بل هو صناعات متعددة ، فهناك صناعة القضاء (Technique Jurisprudentielle) ، وصناعة الفقه (Technique Doctrinaire) ، وصناعة التشريع (Technique

---

(١) الجزء الثانى ص ٩٨٩ - ١٠٣٨ .

(٢) وقد نشرت هذه المحاضرة ، مع محاضرات اخرى لبعض الأساتذة ، فى كتاب «طرق البحث القانونى» باريس سنة ١٩١١ ص ١٧٣ - ص ١٩٦ .

(٣) Science et Technique en droit prive positif. وهو فى اربعة أجزاء (باريس سنة ١٩١٤ - سنة ١٩٢٤) .

(Législative ، وصناعة التقنين (Techique de la codification) . وهذه الصناعة الأخيرة هى التى يعنينا امرها ، ويهمنا أن نتعرف على قواعدها الأساسية ، حتى نستفيد من ذلك عند تنقيح التقنين المدنى . وقد كتب كثير من الفقهاء يبسطون اصول هذه الصناعة واوضاعها[١]. ونستعرض هنا فكرة عامة عن هذه الأصول ، حتى نستطيع تطبيقها ، لا عن مجرد استلهام ، بل عن شعور بها ودراية .

فصناعة التقنين يمكن النظر إليها من ناحيتين : ناحية الاجراءات وناحية المادة التشريعية . والناحية الأولى هى ما يسمونها بالناحية الخارجية (côté externe) ، والناحية الأخرى هى الناحية الداخلية (côté interne) .

الناحية الخارجية من هذه الصناعة : فالناحية الخارجية تعنى بتحديد افضل السبل التى تتبع فى إجراءات التقنين ، وهل تكون الاجراءات التشريعية المعتادة ، أم إجراءات أخرى خاصة بالتقنين تكون اكثر اتفاقا مع طبيعة هذا العمل المعقد .

وقد اتفق العلماء الذين عنوا بهذه المسألة على أن الاجراءات التى تتبع فى التشريع التفصيلى ليست صالحة للتقنين الشامل . فإن ترك الأمر فى التقنين إلى هيئة سياسية كالبرلمان ليس من شأنه أن يوجد تقنينا صالحا موافقا لأصول الفن

---

(١) وقد بدأ الفيلسوف الانجليزى بيكون (Bacon) والفيلسوف الفرنسي مونتسكيو Montesquieu يتكلمان فى بعض مسائل هذه الصناعة بشيء من عدم التحديد والدقة . ثم اتى بنتام (Bentham) فبحث مسائل التقنين بحثا مفصلا وتناول سافينى واهرنج موضوع الصناعة فى القانون . وبحثه الفقيه الثانى فى كتابه «روح القانون الرومانى» بحثا دقيقا (انظر ايضا روسيه Rousset فى صياغة التشريعات المقننة فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ - سنة ١٨٥٨) . وممن بحث صناعة التقنين من الفقهاء المعاصرين - عدا جينى (Gény) فى مؤلفاته المشار إليها - روجان (Roguin) فى مجموعة جامعة لوزان بمناسبة المعرض الوطنى السويسى سنة ١٨٩٦ ص ٧٣ - ص ١٢٤ . ديموج فى كتابه «المبادىء الرئيسية فى القانون الخاص» (بارس سنة ١٩١١) ومسسكو (Micesco) «بحث فى الصناعة القانونية» (رسالة من باريس سنة ١٩١١) ، وتيسييه (Tissier) الصياغة الفنية للقانون الخاص (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٣) . وساباتييه (Sabatier) «فن عمل القوانين» (سنة ١٩٢٧ . وانجلسكو (Angelesco) الصناعة التشريعية فى التقنين المدنى (رسالة من باريس سنة ١٩٣٠) .

فإن رجال البرلمان رجال سياسيون قبل كل شيء ، وتنقصهم عادة الخبرة اللازمة فى عمل فنى خطير كالتقنين . هذا إلى أن كثرة عددهم موجب للبطء فى الاجراءات . وقد نظمت لوائحهم الداخلية طبقا لطبيعة المناقشة فى المسائل السياسية أو الاجتماعية ، اما المسائل الفنية فلا فسحة فى هذه اللوائح لمناقشة جدية مثمرة . فيخرج التقنين مفكك الأجزاء ، وقد قال كل عضو فيه كلمته . والتقنين مجموع لا يتجزأ ، يجب ان يسوده الانسجام والتناسق ، فاذا عدل فى ناحية كان لهذا أثره فى النواحى الأخرى ، وهذا ما يغفل عنه عادة رجال البرلمان ، فيخرج التقنين متناقضا غير متماسك ولا منسجم .

فيجب إذن أن يكون للتقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعة هذا العمل وما يقتضيه من دقة فنية . ويستخلص من تجارب الأمم المختلفة التى قامت بتقنين تشريعاتها فى العصر الأخير ان هذه الاجراءات الخاصة تقوم على أسس ثلاثة : (١) تشكيل لجنة فنية يعهد إليها بوضع مشروع للتقنين ، (٢) تنظيم طريقة منتجة لاستقاء ما يلزم من المعلومات ولاجراء استفتاءات واسعة النطاق ، (٣) ادخال تعديلات جوهرية فى الاجراءات البرلمانية عند نظر البرلمان لمشروعالتقنين .

اما اللجنة التى يعهد إليها بوضع مشروع التقنين ، فيجب ان يكون عدد اعضائها محدودا ، حتى يكون عملها متناسقا ، تتمشى فيه روح الوحدة والانسجام . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ان فوضت إلى شخص واحد وضع مشروع التقنين ابتداء ، على ان تناقشه بعد تحضيره لجنة عدد اعضائها قليل ، كما فعلت سويسرا فى تقنينها . على أن شخصا واحدا قد ينوء به العمل الموكول إليه ، فالتقنين متشعب معقد ، وهو يقتضى كفايات متنوعة ، والشخص الذى يجمع هذه الكفايات كلها نادر الوجود . فالأفضل إذن أن يعهد بالأمر إلى لجنة قليلة العدد ، يراعى فى تشكيلها ان تكون متوافرة على عنصرين ، عنصر دائم هو العنصر الفنى ، وعنصر غير دائم هو العنصر العملى . أما العنصر الفنى فيمثله المشتغلون بالقانون فقها وعملا كالأساتذة والقضاة والمحامين . والعنصر العملى غير الدائم يختار عادة من دوائر الأعمال الممثلة لنشاط البلد الاقتصادى ، يبدون آراءهم فى الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها التقنين . ووجود هذا العنصر

ضرورى ، حتى يكون التقنين متمشيا مع الروح العملية السائدة . وقد ادركت بعض الأمم ضرورة وجود هذا العنصر بصفة دائمة إلى جانب البرلمان . فنص دستور ويمار فى المانيا على انشاء مجلس اقتصادى دائم للامبراطورية . وكذلك فعلت ايطاليا فى نظامها الفاشيستى ، ونحت فرنسا هذا المنحى بانشاء مجلس وطنى اقتصادى . وقد راينا ان الألمان عند ما وضعوا تقنينهم المدنى ضموا إلى اللجنة الثانية التى عهد إليها بمراجعة المشروع الأول ثلاثة عشر عضوا غير دائمين من رجال الاقتصاد والسياسة . ويحسن ان يندمج فى هذه الهيئة غير الدائمة اعضاء من رجال البرلمان ، يكونون حلقة اتصال بين البرلمان واللجنة . ثم تنقسم اللجنة الرئيسية إلى لجان فرعية ، كل لجنة تقوم بكتابة النصوص فى جزء من اجزاء التقنين . والأفضل ان يكون القائمون بكتابة النصوص القانونية افرادا قليلين جدا ، حتى تتمشى روح واحدة فى مجموع التقنين . وتراجع اللجنة الرئيسية بعد ذلك اعمال اللجنة الفرعية حتى تحقق فيها الوحدة والتناسق .

ويجب ان يساعد اللجنة فى عملها هيئة منظمة ، تقوم (اولا) باستقاء المعلومات اللازمة وجمعها وترتيبها . فإن اللجنة فى حاجة إلى كثير من الاحصائيات فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية الكبرى . وهى فى حاجة كذلك إلى معرفة حالة القضاء فى المسائل التى تعرض لها وتريد أن تستأنس فيها بقضاء المحاكم وما جرى عليه العمل . وهى فى حاجة ايضا إلى الاحاطة بالتشريعات الأجنبية المختلفة والوثائق المتعلقة بها . وتحتاج ، عدا ذلك ، إلى عمل تحقيقات دقيقة فى مسائل لا تستطيع البت فيها إلا فى ضوء هذه التحقيقات . وتقوم هذه الهيئة المنظمة (ثانيا) باجراء الاستفتاء اللازم للتقنين . فإن التقنينات الحديثة تقوم على الاستفتاء . ذلك لأن عمل اللجنة الموكول إليها وضع مشروع التقنين لايمكن ان يكون كاملا من كل الوجوه ، مهما عنيت به وحرصت على أن تتقنه ، فإن عدد اعضاء اللجنة محدود ، ويجب أن يكون محدودا كما قدمنا . فتبقى هيئات كثيرة لا ممثل لها . وتقصى كثير من الكفايات ، فلا تستطيع الاشتراك فى العمل . فيجب إذن دعوة هذه الهيئات والكفايات إلى المساهمة فى وضع مشروع التقنين من طريق الاستفتاء . وقد قام الفرنسيون فى تقنينهم باستفتاء المحاكم فى سنة ١٨٠١ ، فشكلت هذه لجانا لدرس

مشروع التقنين المعروض عليها . وفعلت ايطاليا ذلك ، فعقدت لجانا متعددة من رجال القانون لاستفتائهم فى مشروع تقنينها المدنى فى سنة ١٨٦٢ . وعمدت المانيا وسويسرا إلى طرق واسعة النطاق من الاستفتاء فى دوائر رجال القانون ورجال الأعمال ، كان لها اثر كبير فى تعديل المشروعات الأولى التى وضعت قبل هذا الاستفتاء ، وقد أسلفنا الاشارة إلى ذلك . فيمكن القول إذن ان الاستفتاء اصبح ركنا من أركان اجراءات التقنين فى العصر الحاضر .

فإذا حضرت اللجنة مشروع التقنين قائما على أسس صحيحة ، أحيل هذا المشروع على الهيئة التشريعية . وهنا يجب ادخال تعديل جوهرى فى اجراءات هذه الهيئة . فلا تجوز مناقشة نصوص التقنين نصا نصا ، بل يجب اعتبار المشروع وحدة لا تتجزأ ، فلا يدخل فيه شيء من التعديل . أو إذا رأى البرلمان محلا للتعديل ، فإن الأمر يعود إلى اللجنة ، لتقوم هى بصياغة التعديل المطلوب ، وادخاله فى المشروع ، بحيث لا يخل بتناسقه ووحدته . وهذه الاجراءات الخاصة يمكن الاتفاق عليها مع البرلمان ، كما فعلت المانيا عند ما اتفقت مع الأحزاب السياسية على قصر المناقشة على المسائل ذات الصبغة السياسية أو الاجتماعية دون التعرض للمسائل الفنية . وقد فعلت اسبانيا فى سنة ١٨٨٠ فى تقنينها المدنى ما هو أبلغ من ذلك ، فقد اقتصر البرلمان على اقرار المبادىء العامة للتقنين وفوض إلى لجنة فنية صياغة النصوص وفقا لهذه المبادىء .

الناحية الداخلية من هذه الصناعة : وإذا انتقلنا فى صناعة التقنين من الناحية الخارجية إلى الناحية الداخلية ، فإن هناك كثيرا من المسائل تستحق البحث فى هذه الناحية .

وأول هذه المسائل هو تبويب التقنين . وأول صفة ضرورية فى التبويب هو أن يكون منطقيا متماسكا . والتبويب المنطقى يعين كثيرا على تفهم التقنين والاحاطة به ، ويجعل البحث فيه يسيرا . على أن التقنين يتطلب تبويبا منطقيا غير الترتيب العلمى لكتب الفقه . فمقتضيات التقنين غير مقتضيات النظريات الفقهية . وخير تبويب للتقنين هو ما كان منطقيا عمليا فى وقت واحد . فينقسم التقنين إلى أبواب وفصول تبين بنوع خاص الأهمية العملية للأحكام القانونية ، وتخفى ما كان من هذه الأحكام نظريا

فقهيا ، بشرط ان ترتبط هذه الأبواب والفصول بعضها بالبعض الآخر ارتباطا منطقيا محكما . ويحسن ان يكون هناك باب فى التقنين يتقدم كل الأبواب ، ويكون متعلقا بالأحكام العامة التى تتمشى على جميع نواحى القانون ، وليس لها مكان فى باب معين ، على الا يصاغ هذا الباب صياغة فقهية ، بل تتوخى فيه الناحية العملية(١) . ويلاحظ أن تبويب التقنين يعتبر جزءا من احكامه ، فقد توجد نصوص لا تفسر تفسيرا واضحا الا بعد ملاحظة الباب الذى وردت فيه(٢).

وقد الفت بعض التقنينات الحديثة ، كالتقنين السويسرى ، وضع ملخص للنصوص فى هوامشها وتعتبر هذه الملخصات جزءا من التقنين ، يعين على تفهم نصوصه ، ويعطى خلاصة واضحة للمعنى المراد منها ، ويسهل على الباحث العثور على ما يريده من الأحكام القانونية .

ثم هناك الروح العامة التى تسيطر على التقنين . ويمكن القول اجمالا ان التقنين الصالح يمتاز بشيئين : (اولا) تغلب الروح العملية فيه على الروح الفقهية ، فان الغرض من التقنين هو أن يجعل الأحكام القانونية فى متناول الجميع ، جمهور الناس قبل فقهائهم . ويجب على المقنن أن يتجنب تعزيز احكامه بذكر الأسباب التى دعت اليها ، أو بايراد الأدلة على صحتها ، او بسياق امثلة توضح هذه الأحكام ، فكل هذا من عمل الفقه لا من عمل التشريع . وإذا كان لابد أن يذكر شىء من هذا ، فيترك للأعمال التحضيرية وللمذكرات التفسيرية التى ترفق بالتقنين ، وتبقى منفصلة عنه . وتتغلب الروح العملية أيضا إذا تجنب المقنن الصيغ الفقهية والتعميمات المجردة والنظريات العامة ، فلا يذكر شيئا من ذلك دون مقتض

---

(١) وقد احسن واضعو التقنين المدنى الفرنسى صنعا بحذفهم ما كان قد تضمنه مشروع هذا التقنين فى مقدمته من مبادىء نظرية .

(٢) وقد كان من حجج الفقهاء المصريين ، بالذي قالوا بأن مبدا الشريعة الاسلامية ، القاضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون ، يطبق فى القانون المصرى على انتقال ملكية الأموال الموروثة الى الوارث ، ان المشرع المصرى نص على وجوب اتباع قانون الأحوال الشخصية فى الميراث فى الباب الذى تكلم فيه على اسباب انتقال الملكية ، فتتبع احكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ، من حيث انه سبب لانتقال الملكية ، ولا يقتصر الأمر فى اتباع هذه الأحكام على تعيين الورثة وتحديد انصبتهم .

يسوغه ، ولا يجوز للمقنن مثلا أن يصرح بانضمامه للمذهب المادى او المذهب الشخصى فى الالتزام ، أو لمذهب الارادة الباطنة أو مذهب الارادة الظاهرة فى العقد ، بل يترك ذلك للفقه يستخلص ضمنا من مجموع النصوص . وتتغلب الروح العملية على الروح الفقهية اخيرا إذا تجنب المشرع ايراد التعاريف والتقسيمات ، فيحسن به مثلا أن يتكلم فى الالتزام وفى العقد دون أن يعرف أيا منهما ، وأن يورد مصادر الالتزام دون أن يتعرض لتقسيمها وترتيبها ، فمحل ذلك هو الفقه . وذكره فى التشريع لا فائدة منه ، بل فيه ضرر كبير ، فان هذه التعاريف والتقسيمات ، إذا اقرها المشرع فى نصوصه ، تجمد جمودا لا يتفق مع تطور النظم القانونية ، ويقاسى الفقيه عناء كبيرا من جمودها ، وينفق جهدا فى الحيلة والتلطف حتى يتخلص من هذا الجمود . يجب أن يتجنب المشرع كل هذا ، فان مهمته هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : « أن القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع »[١] .

ـ والشيء الثانى الذى يمتاز به التقنين الصالح هو الا يحاول الاحاطة بكل شيء ، فان هذه المحاولة عقيمة . ولا يستطيع المقنن ، مهما كان بصيرا بالأمور ، أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذى يقتضيه ، فهو عاجز عن ذلك لا محالة . بل هو عاجز ، فى الأمور التى يعرفها ، أن يضع لها أحكاما صالحة لكل زمان ومكان . والمشرع الحكيم هو الذى يترك مجالا فسيحا لتطور القانون ، فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه فى الفاظ محدودة وأحكام معينة . وخير طريق يسلكه هو أن يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء . بل يجب أيضا أن يترك كثيرا من المسائل الرئيسية ، دون أن يتخذ فيها موقفا خاصا ، ما دامت من المسائل التى لم يستقر تطورها ، وما دامت الحاجة العملية لا تدعو الى أن يعرض لها بشيء . والمشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف ، دون أن يذهب فى ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هى أن يعدل المشرع ، فى المسائل التى تكون سريعة التطور ، عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة : معايير

---

(١) La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire; elle n'a besoin de convaincre.

يسترشد بها القاضى دون أن يتقيد ، ويطبقها على الأقضية التى تعرض له ، فيصل من ذلك الى حلول تختلف باختلاف كل قضية ، وما يحيطها من ملابسات . وخير مثل لتقنين لم يحاول ان يحيط بكل شىء هو التقنين السويسرى ، فقد اكثر من استعمال المعايير المرنة ، وترك مجالا واسعا للفقه والقضاء يفسران القانون بما تقتضيه الظروف .

وهناك ايضا اسلوب التقنين . وخير أسلوب هو الذى يتجنب التكرار ويتنزه عن التناقض . ومع ذلك يجوز أن تتكرر القاعدة القانونية فى مواضع مختلفة من التقنين ، بشرط أن يكون تكرارها مفيدا ، ولعلة مفهومة . كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ، ثم عرض الى تطبيقها فى حالة خاصة . فقد يكون هذا التطبيق التشريعى مفيدا بل ضروريا ، إذ قد يختلف الناس فى تطبيق هذه القاعدة ، فيحسم التطبيق التشريعى كل خلاف . والنصوص التى يوردها المشرع ضروب مختلفة . منها النصوص الآمرة ، وهذه يجب أن تكون فى اسلوب جازم قاطع . ومنها النصوص المفسرة ، والنصوص المبيحة ، وهذه يكون اسلوبها مرنا رخوا يتفق مع الغرض الذى وضعت من أجله . وقد بلغ الأمر ، فى وجوب التمييز فى الأسلوب بين هذه الأنواع المختلفة من النصوص ، أن طلب «مجلس الدولة» ، عند وضع التقنين الفرنسى ، أن يكون أسلوب النصوص الآمرة بصيغة المستقبل ، واسلوب النصوص المبيحة والمفسرة بصيغة الحاضر . ثم ان للمشرع أساليب خاصة فى استعمال القرائن القانونية والفروض ونحوها ، مما يعين كثيرا على حل المسائل المعقدة ، ويعطى الأحكام القانونية شيئا من الثبات والاستقرار . ويختلف اسلوب التقنين ايضا طبقا لما إذا اكثر المشرع أو أقل فى الاحالة من نص إلى نص . وقد تكون هذه الاحالة ضرورية فى بعض المواضع . ولكن الاكثار من الاحالة يجعل القانون غامضا معقدا . مثل ذلك التقنين الألمانى ، اكثر المشرع الاحالة فيه من نص إلى آخر ، ثم من هذا النص الثانى إلى نص ثالث ، حتى أصبح لغزا يقتضى كثيرا من الجهد لحله . هذا إلى أن الاحالة قد تكون ناقصة ، فقد لا يستوعب المشرع كل النصوص التى تجب الاحالة إليها . اما المشرع السويسرى فقد قلل من الاحالة بقدر المستطاع . فإذا ما اضطر إليها أشار إلى النص الذى يريد الاحالة إليه ، لا برقم المادة التى تحتوى هذا النص ،

بل بذكر ملخص النص فى عبارة واضحة . وهذا مثل طيب يحتذى فى التقنين .

وهناك أخيرا لغة التقنين . وهذه يجب أن تكون واضحة دقيقة . فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وقد امتاز التقنين الألمانى بدقة لفظه فى غير وضوح ، وامتاز التقنين الفرنسى بوضوحه فى غير دقة والتقنين الذى يجمع بين الدقة والوضوح هو التقنين السويسرى ، وكذلك المشروع الفرنسى الايطالى . ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به ، يكون كل لفظ فيها موزونا محدد المعنى . وقد درج الانجليز فى تشريعاتهم على إيراد تعرف للألفاظ التى ترد فى التشريع ، لتحديد معناها . ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله فى عبارات مختلفة كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين ، وجب الا يتغير هذا اللفظ ، إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى . ولا يتنافى ان تكون لغة التقنين فنية مع أن تكون بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور .

ب) ما يتبع من الاجراءات فى تنقيح التقنين المصرى :

مقترحات عملية فى هذا الموضوع : الآن وقد استعرضنا المبادىء الرئيسية فى صناعة التقنين ، نتولى تطبيق هذه المبادىء على حالتنا الخاصة عند تنقيح التقنين المصرى . ونحن نذكر هنا بعض مقترحات عملية ، يصح أن تكون أساس للاجراءات التى يجب إتخاذها فى هذا التنقيح . وإذا كنا قد انسقنا إلى ذكر شىء من ذلك ، فلرغبتنا فى أن يؤدى بحثنا الغرض العملى الذى قصدنا إليه . ونحصر مقترحاتنا فى النقط الآتية :

(١) نرى أن يوكل تنقيح تقنينا إلى لجنة خاصة ، تؤلف من عدد لا يزيد على العشرين من الرجال الفنيين ، ينتخبون من بين القضاة والمحامين والأساتذة ورجال أقلام القضايا وغيرهم من المشتغلين بالقانون . ويكون من بينهم عدد من قضاة المحاكم المختلطة ورجال القانون الأجانب ، وكذلك بعض رجال الشريعة الاسلامية من قضاة وفقهاء ، وبعض رجال الطوائف المصرية غير الاسلامية . وقد راعينا فى

تشكيل اللجنة على هذا النحو أننا نريد تقنينا كاملا فى الأحوال الشخصية والمعاملات. موحدا يطبق على المصريين والأجانب.

وإلى جانب هؤلاء الأعضاء الدائمين، يعين أعضاء غير دائمين، يعملون عند الحاجة إليهم، وينتخبون من دوائر الأعمال المختلفة، ويمثلون الزراعة والتجارة والصناعة والمال ومختلف نواحى النشاط الاقتصادى. ويضم اليهم عدد من الشيوخ والنواب.

(٢) تبدأ هذه اللجنة عملها بوضع الأسس العامة للتقنين الجديد. فترسم المبادىء الاقتصادية والاجتماعية التى تبنى عليها عملها. فتقرر مثلا على اى اساس تقوم الملكية، والقيود التى تحددها، وكيف تحمى الملكية المعنوية، والوسائل التى تتخذ لجعل نظام الوقف اكثر مرونة مما هو عليه الآن، والأسس التى يقوم عليها التشريع الخاص بالعمل وبالمسئولية التقصيرية وبالعقود، وطرق اشهار الحقوق العينية، ثم نظام تعدد الزوجات، والطلاق، والعدة، وثبوت النسب، وغير ذلك.

وتعرض هذه الأسس للاستفتاء العام على دوائر الأعمال المصرية والأجنبية، وعلى الهيئات العلمية والاجتماعية المختلفة. وتنظم الاستفتاء سكرتارية تقوم ايضا باستقاء المعلومات وجمع الوثائق وعمل التحقيقات اللازمة. ويتبع فى تنظيم الاستفتاء طرق منتجة حتى يكون مجديا، كأن تشكل الهيئات التى تستفتى لجانا تكلف بدراسة ما تستفتى فيه وتقديم تقارير بنتيجة هذه الدراسة، وكأن تلجأ اللجنة إلى المجلات العلمية والصحف تستثير فيها اهتمام الجمهور.

ثم تعود اللجنة إلى مراجعة ما وضعته من الأسس فى ضوء نتائج الاستفتاء العام.

(٣) تحول هذه الأسس إلى البرلمان، لمناقشتها واقرارها.

(٤) تعود اللجنة، بأعضائها الفنيين الدائمين دون غيرهم، إلى العمل. فتنشىء مكتبا فنيا من ثلاثة اعضاء، يقوم بوضع مشروع لتبويب مفصل للتقنين، يراعى فيه ما تقدم بسطه عند الكلام على التبويب الصالح[1]، ويعرض هذا المشروع على اللجنة العامة لمناقشته وإقراره.

(١) سبق أن انتقدنا تبويب التقنين المصرى وقد حملتنا عيوبه الكثيرة على أن نشير بالعدول عنه. لاسيما أننا نريد تقنينا الجديد تقنينا كاملا يشمل كل موضوعات

(٥) تنقسم اللجنة العامة بعد ذلك إلى لجنتين رئيسيتين ، احداهما تتولى كتابة النصوص المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية ، ويراعى فى تشكيلها أن تكون أغلبية أعضائها من رجال الشريعة الاسلامية ورجال الطوائف غير الاسلامية . والثانية تتولى كتابة النصوص المتعلقة بالأحكام الأخرى ، ويراعى فى تشكيلها أن يمثل فيها العنصر الأجنبى تمثيلا كافيا .

وتشكل كل لجنة رئيسية من بين أعضائها لجانا فرعية يوزع بينها العمل . بحيث يكون فى كل لجنة عضو تتوافر فيه الكفاية اللازمة لكتابة النصوص التشريعية . فيراعى فى كتابتها أصول صناعة التقنين ، ويستهدى فى عمله بالأسس العامة التى سبق إقرارها من البرلمان ، ويستمد الأحكام من المصادر التى سنشير إليها فيما يلى . ثم تجتمع كل لجنة رئيسية لمناقشة هذه النصوص واقرارها .

القانون المدنى ، من أحوال شخصية ومعاملات . وقد استعرضنا فيما تقدم تبويب التقنينات الحديثة . ومن السهل أن نستخلص منها لتقنيننا الجديد تبويبا منطقيا عمليا ، نكتفى ببسط اساسه فيما يأتى :

يكون للتقنين قسم عام ، يعتبر مقدمة له . تبسط فيه أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان وللمكان وللأشخاص . وبالقواعد العامة فى تفسير القانون واستعانة القاضى بمبادىء العدالة فى ذلك . وبنظرية سوء استعمال الحق . وبعدم جواز التحايل على القانون (قارن المادة ٥ من المشروع البولونى) .

ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى اقسام ثلاثة قسم لقانون الأسرة . وآخر لقانون المعاملات . وثالث لاثبات الوقائع القانونية وطرق الأشهار (وقد جعلنا طرق الاثبات والإشهار قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية . وتشمل المعاملات والأحوال الشخصية) .

أما قانون الاسرة فيشتمل على كتب ثلاثة فى الأشخاص (الطبيعية والمعنوية او الجمعيات والمنشآت) والروابط الشخصية للأسرة (الزواج والنسب) وروابطها المالية (الميراث والهبة والوصية والوقف) .

وقانون المعاملات يتضمن كتبا اربعة : الأموال وانواعها المختلفة . والحقوق العينية . ونظرية الالتزامات والعقود المعينة . والتأمينات .

ويشمل القسم الثالث كتابين . اولهما فى طرق اثبات الوقائع المادية والأعمال القانونية . والثانى فى طرق الاشهار .

وتحول بعد ذلك نصوص المشروع كاملة إلى المكتب الفنى الذى أعد تبويب التقنين ، ليحقق الوحدة والتناسق بين أجزائه موضوعا وشكلا ومن حيث الأسلوب واللغة . ويعد تقريرا رئيسيا عن المشروع يكون أساسا للأعمال التحضيرية .

ويعرض المشروع بعد ذلك للاستفتاء العام ، على النحو الذى سبق فى الاستفتاء الأول . ثم تراجعه اللجنة العامة مراجعة نهائية فى ضوء هذا الاستفتاء الجديد .

(٦) يحول المشروع بعد ذلك الى البرلمان . وتقتصر المناقشة على المسائل العامة فى المشروع دون تعرض للتفصيلات . ويؤخذ الرأى على المشروع جملة واحدة . وإذا رأى احد المجلسين ضرورة ادخال اى تعديل ، أحيل الأمر على اللجنة لتقوم بذلك . ومما يجدر ذكره أن إقرار البرلمان للمشروع يصبح أمرا سهلا ، بعد أن تمت موافقته على الأسس العامة التى بنى عليها فى المرحلة الأولى من هذه الاجراءات .

(٧) يجمع فى كتاب : (أ) محاضر جلسات اللجنة العامة واللجنتين الرئيسيتين والجان الفرعية والمكتب الفنى ، (ب) تفاصيل الاستفتاءين الذين أجريا ، (جـ) التقرير الرئيسى الذى وضعه المكتب الفنى ، (د) محاضر مجلس الشيوخ والنواب فى مناقشته الأولى للأسس العامة وفى مناقشته الثانية للمشروع الكامل .

ويكون كل هذا هو مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين .

(٨) يكون وضع مشروع التقنين باللغة العربية . وبعد أن يصبح قانونا يترجم إلى اللغة الفرنسية ترجمة دقيقة . وتترجم الأعمال التحضيرية كذلك . وبذلك تكون اللغة العربية هى اللغة الأصلية والرسمية للتقنين .

ثانيا : المصادر التى يستمد منها التنقيح من حيث الموضوع

بيان هذه المصادر : اما من حيث الموضوع فنرى أن يكون التقنين مستمدا من مصادر ثلاثة : تجارب غيرنا من الأمم ، وتقاليدنا الماضية فى القانون . فتستهدى اللجنة التى يوكل إليها امر التنقيح (اولا) بالقضاء

المصرى فى مدى نصف قرن ، فهو المرشد العملى للمشرع . (ثانيا) بالتقنينات الحديثة ، وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة . (ثالثا) بالشريعة الاسلامية ، وكانت شريعة البلد قبل دخول التشريع الحاضر ، ولا تزال شريعته فى نواح مختلفة . وقد اقتبس التقنين المصرى الحالى شيئا من أحكامها ، ولا يزال يستطيع أن يقتبس منها الشىء الكثير .

أ) القضـــاء المصرى

أهمية القضاء المصرى .القضاء هو الذى يطبق نصوص التقنين كل يوم فيصلح بهذا التطبيق كثيرا من عيوبها . يكمل الناقص ، ويوضح المبهم ، ويحدد قيمة كل نص عند تطبيقه العملى . ومهما كان المشرع حازما حكيما دقيقا فى عمله ، فإن بعض نصوصه التشريعية لا تعدو أن تكون مغرقة فى التوسع او قاصرة فى الضيق . وهى لا تستقر ، وتصبح ملاءمة للروابط التى وضعت لتنظيمها إلا بالتطبيق . فهى ، كما يقول الأستاذ فان اكر (Van Ackers) فى محاضرة قيمة[١] ، كاللباس الجاهز ، لا يتناسب مع الجسم إلا بطول الاستعمال .

وقد كانت مهمة قضائنا المصرى ، بنوع خاص ، شاقة عسيرة . إذ كان مطلوبا منه أن « يمصر » قانونا أجنبيا ادخل فى البلاد بين يوم وليلة[٢] . فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة . لذلك نستطيع أن نستخلص من هذا القضاء ، عند مراجعة تقنيننا ، كثيرا من الدروس النافعة ، لا يجوز أن نغفل عنها . فهى مستمدة من تجاربنا الخاصة ومن

---

(١) انظر مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٢٨٥ . ويبين الأستاذ فى هذا المقال اهمية رجوع المشرع الى احكام القضاء فى التنقيح التشريعى (انظر بنوع خاص ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ و ص ٢٩٦) انظر ايضا فى نفس الموضوع مقالا للأستاذ مسينا فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ٣٨١ - ٣٨٣ .

(٢) على انه يمكن القول ان التشريع الفرنسى لم يدخل فى البلاد طفرة واحدة ، كما يظهر ذلك لأول وهلة . فقد كان القانون التجارى الفرنسى يطبق فى مصر قبل صدور التقنينات الحاضرة . كما سبقت الاشارة الى ذلك . هذا الى انه بمقتضى الامتيازات الأجنبية . كانت القنصليات تطبق قوانينها ومنها القانون المدنى المختلط جزء ١ بند ٧ وما بعدها) .

حياتنا اليومية . فنحن واثقون إذن انها تتلاءم مع ظروفنا وتتمشى مع حالتنا[١].

ومن المفيد ان نورد هنا امثلة تبين كيف نستطيع ان نستفيد من قضائنا . فهناك موضوعات مقتضبة اكملها القضاء ، كالملكية فى الشيوع وحقوق الارتفاق والاشتراط لمصلحة الغير والتأمين والشخصيات المعنوية . ويقرب من هذا موضوعات تقسمتها الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فمزجهما القضاء معا واخرج منهما نظاما متناسقا عمليا ، كالوقف والميراث والوصية والهبة . وهناك احكام جديدة ابتكرها القضاء ، كالشرط الجزائى والوصية فى صورة البيع واهلية المحجور عليه قبل الحجر والمسئولية عن الأشياء والملكية الفنية والأدبية والصناعية .

امدنا القضاء فى هذا بأحكام جديرة بالبحث والتمحيص ، لندمج منها الصالح فى تقنيننا الجديد .

وها نحن نذكر بعضاً من هذه الأحكام ، ولا نقصد بذلك دراسة القضاء المصرى ، فهذا خارج عن نطاق بحثنا . وإنما نورد بعض الأمثلة لنذلل بها على اهمية الرجوع إلى القضاء فى تنقيح التقنين .

الملكية الشائعة : لايكاد الباحث يجد نصا تشريعيا فى هذا النوع من الملكية ، مع اهميته وانتشاره فى مصر . والنصوص القليلة المتصلة بهذا الموضوع يجب ان نتلمسها فى أماكن ليست مظنة لوجودها فيها . نجد فى الفصل الخاص بالقسمة ، وقد أدمج فى باب الشركات ، بعض النصوص المتعلقة بقسمة المال الشائع . ثم نجد فى قانون المرافعات نصا يقضى بعدم جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

---

(١) ومن المفيد ايضا أن نرجع الى التوثيقات القانونية ، وما جرت عليه الناس فى معاملاتهم ، وما اعتادوه من الوسائل لتنفيذ احكام القانون ، بل وللهرب من هذه الأحكام فى بعض الأحيان . فتحايل الناس على حكم قانونى (Cautéle) ومضيهم فى ذلك دليل على فساد هذا الحكم ، فأولى بالمشرع اعادة النظر فيه عند تنقيح تشريعه .

ولاشك أن هناك كثيرا من الدروس النافعة يمكن استخلاصها من الوقفيات وعقود التأمين وعقود الشركات المختلفة وعقود الايجار وغير ذلك مما جرى به العمل واستقر عليه العرف

(م ٦٢١/٧١١ مرافعات)، وهذا النص قد وضع فى مكان من القانون لا يتطرق إلى الذهن أن يبحث عنه فيه، حتى ليحار الباحث من هذا الخلط فى تبويب الأحكام.

ولكن القضاء المصرى تكفل بتفصيل احكام الملكية الشائعة. ويصح ان نتخذ المبادىء التى قررها فى هذا الشأن مرشدا للمشرع عند تنقيحه للتقنين. فمن هذه المبادىء حق الشريك فى أن يتصرف فى نصيبه الشائع بجميع أنواع التصرفات من بيع ورهن وغير ذلك[١]، بشرط أن يقع تصرفه على نصيبه الشائع[١]، وحقه فى اجراء الأعمال النافعة فى الملك الشائع بطريق الوكالة الضمنية او الفضالة[٢]، وعدم جواز تصرفه فى جزء مفرز، إلا إذا أجازت بقية الشركاء، أو وقع هذا الجزء المفرز فى نصيب المتصرف[٣]، وكذلك الأمر فيها يتعلق بالرهن[٤]. وقرر القضاء أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات لا يكون باطلا، بل تنقص المدة إلى خمس[٥]، وبين القضاء الأهلى، ومعه القضاء المختلط، أن القسمة مقررة لا منشئة[٦]، وهذا بالرغم من وجود نص

---

(١) استئناف مختلط ٢ظ نوفبر ١٨٩٣م ٦ ص ٢٦.

(١) بور سعيد الجزئية الأهلية فى اول اكتوبر سنة ١٩١٩ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠.

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١

(٣) استئناف اهلى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة ١ ص ٤ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع السنة الأولى رقم ٤٨ ص ٢٤٩ - محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ رقم ١٠٣ ص ٢٢١ بور سعيد الأهلية الجزئية فى اول اكتوبر سنة ١٩١٦ مجموعة ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣١٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٤ - ٢٠ يونيه سنة ١٩١٢ ١٩٣١ م ١٤ ص ٤١٧ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ ص ٩٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ ص ٩٤

(٤) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٥م ١٧ ص ١٢٤ - ٤ مايو سنة ١٩١٥ م ١٧ ص ٣١٢ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٣٠٠.

(٥) كفر الزيات الأهلية الجزئية ١٥ ابريل سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ١٣٦

(٦) اسيوط الأهلية الكلية ١١ مارس سنة ١٩١٤ مجموعة ١٥ ص ٢٢٣. استئناف مختلط ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ م١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩.

صريح فى التقنين المختلط يقضى بأن القسمة منشئة(م ٥٥٥ قانون مدنى مختلط) . ووضع القضاء احكاما لقسمة المهاياة[١] . وله أحكام كثيرة فى الملكية الشائعة ، نجتزىء منها بما تقدم .

حقوق الإرتفاق : وهذه حقوق اهميتها فى مصر لا تخفى . فالملكية العقارية لا تزال اهم انواع الثروة المصرية . وقد قرر القضاء أحكاما فى هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية .

من ذلك ما قررته محكمة الاستئناف الأهلية من انه يجوز الاذن لمالك العلو ، إذا تهدم السفل ، فى إعادة بنائه على نفقة مالكه . فكملت بذلك حكم المادة ٣٧ من القانون المدنى الأهلى الذى يقتصر على القضاء ببيع السفل . وقد طبقت محكمة الاستئناف فى حكمها هذا المادة ١١٧ من القانون المدنى التى تجيز للدائن أن ينفذ التزام المدين تنفيذا عينيا على نفقة هذا المدين[٢] .

كذلك قضت بعض المحاكم بأن الحائط الفاصل بين عقارين متجاورين يحكم فى ملكيته بقواعد العدل وعادات البلد وحكم العقل ، وكل هذه تقضى بأنه عند عدم وجود دليل على العكس يكون هذا الحائط ملكيته مشتركة بين المالكين للعقارين المتجاورين ، لأنه على فرض أن أحد المالكين بناه من ماله الخاص فهو لا يسمح لجاره أن ينتفع به دون أن يدفع له نصف قيمة مصاريفه[٣] .

وحدد القضاء كذلك ماهو المقصود بالمطل الذى يجب أن تراعى فيه حدود المسافة القانونية[٤] . وميز بين المطلات والمناور[٥] . وقضى أن

---

(١) استئناف أهلى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ حقوق ٦ ص ١٧٥ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٤٣

(٢) استئناف أهلى فى ٦ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة ٢١ ص ١٥ . انظر عكس ذلك مصر الكلية الأهلية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ محاماة ١٣ ص ٣٠٥

(٣) السنطة الأهلية الجزئية فى ٣١ يناير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ٧٦ .

(٤) عابدين الجزئية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٢ حقوق ١٨ ص ٣٧ - محكمة مصر الأهلية الكلية فى ٢٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٨

(٥) استئناف مختلط ١٦ ابريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٠ - الموسكى الجزئية

كسب مطل على مسافة ممنوعة بمضى المدة لا يمنع صاحب العقار المرتفق به من أن يبنى على حدود ملكه ، حتى لو أدى الحال إلى سد المطل[1] .

كذلك نرى بعض المحاكم الأهلية ابتكرت حكما خاصا بتملك حق المرور بالتقادم . واستقلت فى ذلك عن القضاء الفرنسى والقضاء المختلط . إذ أن هذين يقضيان بأن حق المرور غير مستمر (وللاستمرار هنا معنى خاص غير منطقى اتبعت فيه التقاليد وقضى به نص القانون الفرنسى (م ٦٨٨ فرنسى) دون أن يكون لهذا النص مقابل فى التقنين المصرى) . أما المحاكم الأهلية التى نشير إليها ، فقد رجعت إلى حكم المنطق وقضت بأن حق المرور قد يكون مستمرا ، ويجوز تملكه بالتقادم[2] . ونحن نؤثر هذا الرأى الأخير ، وننصح المشرع باتباعه عند تنقيح التقنين .

وقد أخذ القضاء المصرى بحق الارتفاق الذى يقرره رب الأسرة دون نص فى القانون على ذلك ، إذ أن أساس هذا الحق هو الرضاء الضمنى ،

=

أول ابريل سنة ١٩٠ز مجموعة ٤ ص ٢١٧ - رشيد الجزئية ١٦ ديسمبر سنه ١٩٠٩ مجموعة ١١ ص ٢٧٠ - الجيزة الجزئية ١٦ ابريل سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٧٧٨ .

(١) استئناف اهلى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ مجموعة ١٢ ص ٦٩ - الاسكندرية الأهلية الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٥٤ - مصر الأهلية الكلية ٤ اكتوبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٨ ص ٢٢٧ - استئناف مختلط ٢ ابريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٦ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٩ - انظر عكس ذلك المنصورة الأهلية الجزئية ٢ يناير ١٩٢٦ محاماة ٦ ص ٧٣٦ - اسكندرية الأهلية الكلية ٣٠ ابريل ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٧٩

(٢) طنطا الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٤ ص ١٢٢ - كفر الشيخ ١٠ سبتمبر سنة ١٩١٨ الشرائع ٦ ص ٦١ - الاسكندرية الأهلية الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ مجموعة ٢٢ ص ٥٣ - الأقصر ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ٧٦ - طنطا الجزئية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٣ ص ١٤٥ - ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٧ محاماة ٨ ص ٢٢٨ . انظر عكس ذلك منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ حقوق ١٩ ص ٢٠٥ - طنطا الاستئنافية ١٠ يناير ١٩٠٦ مجموعة ٧ ص ٨٦ - منيا القمح ٢٩ مارس سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ١٧٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ - ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ .

فهو متفق مع القواعد العامة . فأكمل القضاء بذلك نقصا فى النصوص التشريعية[١] .

وواجه القضاء مشكلة عملية خطيرة ، هى تحديد طبيعة القيود التى تشترط فى البناء على الأرض الفضاء ، مساحة وارتفاعا وأبعادا ، فقضى بأن مثل هذه القيود تعتبر حقوق عينية[٢] .

الاشتراط لمصلحة الغير وعقود التامين : قدمنا أن التقنين المصرى لايحوى إلانصا واحدا فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وهو نص مغرق فى الغموض ، مع أن هذا النظام القانونى قد تقدم خطوات واسعة فى الحياة العملية ، منذ انتشرت عقود التأمين ، وهى من أهم تطبيقاته . ويجب أن يفسح التقنين الجديدة صورة لنصوص صريحة فى هذا الموضوع ، كما يجب أن يخصص مكانا لعقد التأمين بين العقود المعينة .

وتمكن الاستفادة من المبادىء التى قررها القضاء المصرى فى هذا الشأن . فهو قد طبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس فى عقود التأمين فحسب ، بل فى فروض أخرى تسترعى النظر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن اشتراط البائع لعقار مرهون على المشترى أن يدفع الدين للدائن المرتهن هو اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر فى ذمة المشترى[٣] . كذلك اتفاق البائع مع الجار الشفيع على أن يتنازل هذا الأخير عن حقه فى الشفعة يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير ، وللمشترى أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل الشفيع[٤] . وقد طبق القضاء النظرية أيضا فى عقود الاحتكار ، وما يلتزم به المحتكر نحو المستهلك[٥] . وطبقها فى القيود التى تشترطها شركات الأراضى على

---

(١) استئناف اهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٧٠٤ ـ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ٣٣ ص ١٢٤ ـ استئناف مختلط ٢٠ ابريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ .

(٢) محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ محاماة ١٣ ص ٩٨٧ ـ استئناف اهلى ٨ مايو سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ ص ٢٣٠ واحكام اخرى كثيرة .

(٣) استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ ـ ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ .

(٤) استئناف مختلط فى أول ابريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ .

(٥) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ ـ ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ .

المشترين من حيث البناء، والتى قدمنا أن القضاء يرى فيها حقوق ارتفاق.

وسار القضاء شوطا بعيدا فى تقرير المبادىء العامة فى الاشتراط لمصلحة الغير. فقرر أن للمنتفع حقا مباشرا فى ذمة المتعهد يستمده من العقد. وطبق ذلك بنوع خاص فى عقود التأمين. فأعطى الورثة المؤمن لمصلحتهم حقا مباشرا فى ذمة شركة التأمين، لا يأخذونه من التركة، حتى يدخل فى ضمان دائنى المورث[١]. وقرر أن رضاء المنتفع ضرورى لتثبيت ذلك الحق[٢]، وأن للمشترط أن ينقض الحق قبل صدور هذا الرضاء[٣].

ويطول بنا المقام لو حاولنا احصاء احكام القضاء المصرى فى هذا الموضوع الخطير. فنكتفى هنا بما قدمناه. ونكرر أن المشرع المصرى يجد مادة خصبة فى القضاء عندما يريد تقنين الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير وبعقود التأمين.

الوقف والحكر: لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الموضوع الهام إلا فى نصوص قليلة جدا (م ٢٢/٧ و م ٣٤/١٧ و م٣٧/١٨ و م ٧٧/٥٤ و م)، مع أن جزءا كبيرا من العقارات المصرية موقوفة، وقضايا الوقف والحكر تعرض كل يوم على المحاكم. فإذا أراد المشرع المصرى تقنين الأحكام المتعلقة بالوقف والحكر، فإنه لا يكفى فى ذلك أن يتخذ الشريعة الاسلامية مصدره فى هذا التقنين، ولئن كانت هى المصدر الأساسى فى هذا الموضوع، بل يجب ايضا أن يستعرض احكام القضاء من أهلى وشرعى ومختلط، ويسترشد بها فى تقنينه.

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ - المنيا الأهلية الكلية فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ٤٦٠ - طنطا الأهلية الكلية فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ١٤٠.

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١.

(٣) استئناف مختلط فى ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٣ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨.

فقد اصدر القضاء المصرى أحكاما بالغة فى الكثرة ، يقرر بها نظم الوقف ، من حيث حقوق المستحقين ، وثبوت الشخصية للوقف ، وما لدائنى المستحقين من حق على ريع الوقف ، وكيفية إدارة الأعيان الموقوفة ، وما يجوز لناظر الوقف من التصرفات وما لايجوز له ، وحكم اجارة الوقف ، ووضع اليد عليه ، وتملكه بالتقادم ، وانقضاء حق المستحق بالتقادم ، وغير ذلك من النواحى المتشعبة ، مما لا يتسع له نطاق هذا البحث .

كذلك صدرت احكام كثيرة متعلقة بالحكر وشروطه واحكامه وأنواعه المختلفة ، مما يصلح أن يكون مرشدا للمشرع عند تقنين الأحكام فى هذا الموضوع .

الميراث والوصية والهبة : هذه موضوعات توزعت بين الشريعة الاسلامية والتقنين المدنى ، فأصبحت حائرة قلقة بين النظامين . ولم يعن الفقه المصرى بها عناية كافية . أما القضاء وهو يواجه كل يوم كثيرا من مشاكلها ، ويعانى مسائلها المعقدة ، فما لبث أن صاغ أحكامها ورتبها ، ونحا فى ذلك منحى عمليا ، موفقا بين قواعد الشريعة الاسلامية ومبادىء القانون المدنى . ويستفيد مشرعنا ، كثيرا ، عند تقنين هذه الموضوعات ، من الرجوع إلى أحكام القضاء فى مدى نصف القرن الماضى .

واهم مشكلة واجهها القضاء فى مسائل الميراث هى التوفيق بين مبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، ومبدأ القانون الفرنسى الذى يقضى بأن تنتقل إلى الورثة ديون المورث كما تنتقل حقوقه . وهو يقضى عادة باتباع مبدأ الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة واجبة التطبيق فى هذه الحالة[1] . ولكنه مع ذلك لا يسير فى هذا المبدأ

---

(١) على أن المشرع المصرى يصرح فى بعض الأحوال أن الالتزام لا ينقضى بموت الملتزم ، كما فعل فى الايجار (م ٣٩١/٤٧٨) ، ومعنى ذلك أنه ينتقل للوارث . وفى الأحوال التى لا يصرح فيها بذلك ، يكون من المفهوم ضمنا ، طبقا للقواعد العامة فى انقضاء الالتزامات ، أن الالتزام لا ينقضى بموت المدين ، بل ينتقل للوارث كذلك .

وللتوفيق بين هذه القواعد العامة ومبدأ الشريعة الاسلامية ، يمكن القول أن الالتزام ينتقل للوارث ، ولكن بالقدر الذى كسبه من أموال التركة فورثة المستأجر مثلا يلتزمون بدفع الأجرة المدة الباقية من الايجار ، بشرط الا تزيد هذه الأجرة عن مقدار التركة التى آلت إليهم ، محتسبا فيها منفعة العين المؤجرة .

إلى النهاية ، بل يحمي حق الغير الذى تعامل مع الوارث بحسن نية قبل سداد ديون التركة . وقد قضت محكمة الاسكندرية الأهلية الكلية بأنه إذا كانت التركة مدينة ، وباع أحد الورثة ما خصه من الميراث قبل وفاء الدين ، وتبينت سلامة نية المشترى وعدم تواطئه مع البائع للاضرار بحق الدائن ، فيكون البيع نافذا ، ويعد من قبيل البيع الصادر من المدين لمن تكون نيته سليمة اضرارا بالدائنين ، وهو صحيح ونافذ . وادعاء فساده بأن الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين منقوض بأن ملكية اموال المتوفى تنتقل إلى ورثته فى حال موته ، فيكون هذا الوارث قد باع ما هو ملكه ، وبأن معنى كون الميراث لا يكون إلا بعد وفاء الدين أن الوارث واجب عليه دفع الدين على قدر قيمة ما ورثه ، ولا يلزم بزيادة ، إلا أن أموال المتوفى تبقى بدون مالك لغاية تمام دفع الدين(١). وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الوارث يملك شرعا مايتركه مورثه وقت الوفاة ، والقول بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين لا يقصد به ان التركة تبقى معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها ، إنما معناه ان الوارث ملزم بدفع دين مورثه بنسبة ما أخذه من تركة ، فلذلك ليس لدائنى المورث ان يطلبوا إلغاء البيع الحاصل من الورثة لشىء من أموال التركة ، بناء على أن البيع حصل قبل سداد ديون المورث ، وأن الورثة قد باعوا حينئذ شيئا لا يملكونه ، بل الطريقة الوحيدة للطعن فى هذا البيع هى رفع دعوى إبطال التصرفات الصادرة من المدين ، إذا توافرت شروط هذه الدعوى(٢).

على أن القضاء المصرى غير مطرد فى هذه المسألة ، فهناك احكام كثيرة تحمى دائن التركة وتفضله على المشترى من الوارث(٣). وخير

---

(١) ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨ .

(٢) ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة ١٤ ص ٤٢ . وانظر فى المشترى سىء النية استئناف اهلى ٢٩ ديسمبر ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٧٧ .

(٣) محكمة مصر الأهلية الكلية ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ حقوق ٢١ ص ١١٢ - الاسكندرية الأهلية الكلية فى ٣ ابريل سنة ١٩٢٤ مجموعة ٢٨ ص ٢٥٠ - استئناف اهلى فى ١٨ يونية سنة ١٩٣٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ محاماة ١١ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ١٦٨ .

ومن ذلك يتبين ان هذا الراى الاخير هو الذى تغلب على الراى الأول .

وللمحاكم المختلطة احكام كثيرة فى هذا الموضوع .

سبيل نراه فى هذا الموضوع هو أن ينظم المشرع ، عند مراجعة التقنين ، طريقا لتصفية التركة ، على مثال تصفية أموال المفلس ، حتى تحفظ حقوق دائنى المورث ، ولا يضار الغير حسن النية الذى يتعامل مع الوارث .

أما الوصية فأحكامها مستمدة من الشريعة الاسلامية كالميراث . ويلاحظ ان لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تضمنت احكاما فى اثبات الوصية . ويحسن أن يرجع المقنن فى هذا الموضوع الى قضاء المحاكم الشرعية . اما قضاء المحاكم الأهلية فهو فى احدى نواحيه يكاد يكون مبتكرا . ذلك أن المحاكم تواجه كل يوم عقودا تفرغ عادة فى شكل عقود البيع ، وتصدر من اب لأولاده ، أو من زوج لزوجه ، أو من شخص لآخر تربطه به رابطة قوية من قرابة أو نسب ، ويكاد من يتتبع ظروف هذه العقود أن يجزم انها وصايا لا بيوع . فالأب يبيع مالا لابنه ، ومع ذلك يقر الأب فى عقد البيع انه قبض الثمن ، وقد يكون مبلغا كبيرا ، ويحتفظ الأب لنفسه بحق الانتفاع بالشىء المبيع ، او يبقى واضعا يده عليه يديره ويتصرف فيه كما لو كان لم يبعه ، ويبقى عنده عقد البيع ، فلا يسلمه للمشترى ، ولا يسجله أو يسجله ويبقيه مخفيا عنده بعد ذلك . كل هذه قرائن تدل على أن البائع يوصى فى الواقع لا يبيع ، وقد لجأ الى البيع لأنه ضاق بأحكام الوصية ، فهى لاتجيز الوصية لوارث ، وقد تكون هناك اسباب قوية تدعو المورث أن يؤثر بعض الورثة بشىء من ماله . وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهى تارة تقرها على أساس انها بيع صحيح ، وطورا تبطلها باعتبار أنه وصايا صادرة لبعض الورثة دون أن يجيزها الباقى . والمتتبع لأحكام القضاء فى هذا الموضوع لايسعه الا أن يحمد هذه الجهود الكبيرة التى يبذلها حتى يوفق بين احكام القانون والمقتضيات العملية . ويمكن القول بوجه عام انه يميل الى اعتبار هذه العقود صحيحة ، إذا حرص البائع على أن يفرغ العقد من الناحية الشكلية فى ثوب بيع لا شبهة فيه . وهو لا يبطل الا عقودا لم يثبت فيها أن المشترى صدر منه رضاء ولو ضمنى ، أو ذكر فيها أن الثمن قد ابرئت منه ذمة المشترى ، أو استبقى البائع لنفسه ملكية الشىء الى حين موته . إما إذا كان العقد قد احتفظ بشكل البيع الناقل للملكية فى الحال ،

فقل أن تبطله المحاكم ، حتى ولو نص فى العقد ان البائع يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالشىء المبيع طول حياته[١].

والظاهر من هذا القضاء المطرد أن الحاجة العملية هنا تغلبت على الأحكام القانونية ، فتكسرت هذه الأحكام ، واخضعتها المحاكم لمقتضيات الظروف بطريق الحيلة . فلا شبهة فى أن العقود التى حكم القضاء بصحتها يخفى اغلبها وصايا لا بيوعا ، ولكنها وصايا لها من ظروف أسرة الموصى ما يبررها ، فأجازتها المحاكم ، ولكن من طريق مستتر . فهى لم تجسر على أن تخالف حكم الشريعة الاسلامية الصريح ، وهو يقضى بألا وصية لوارث . فعمدت الى اعتبار التصرف بيعا ، مكتفية فى ذلك بالشكل دون الموضوع ، ومتمشية مع الحيلة التى لجأ اليها المتصرف ، حتى تجيز تصرفه .

وهذا مما يدعو الى التفكير ، عند تقنين احكام الوصية ، فى بحث احكام الشريعة الاسلامية فى هذا الموضوع . فهل يجد الباحث فيها شيئا يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية لوارث ، ولو فى حدود ضيقة ؟ هذا مثل نسوقه على ضرورة عناية المشرع ببحث ما تلجأ له الناس من الحيل للهرب من أحكام تضيق بهم ، فيعيد النظر فيها حتى يوفق بينها وبين الواقع .

أما الهبة فقد اورد المشرع المصرى فيها احكاما هى اكثر نسبيا من الأحكام التى اوردها فى الميراث وفى الوصية . على أنه يجب الرجوع الى الشريعة الاسلامية إذا أريد تقنين احكام الهبة الموضوعية . اما من حيث شكل الهبة ، ففى القضاء المصرى مادة خصبة يستطيع أن يستمد منها

---

(١) انظر فى هذا المعنى استئناف اهلى ١١ اكتوبر ١٩١٤ حقوق ٢٠ ص ١٧٢ - ٢٩ مارس ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٤٨٩ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ مجموعة ١٩ ص ٧٣ - ١٣ ابريل سنة ١٩٢٠ مجموعة ٢٢ ص ١٢٩ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة ٢٣ ص ١٥٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ محاماة ٣ ص ١٦٢ - ١٠ ابريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٩ ص ٥٢ - ١٧ ابريل سنة ١٩٢٨ محاماة ٨ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ محاماة ٩ ص ١٠٩ - ٢٣ اكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٢ - ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٠ محاماة ١٠ ص ٨٧٥ - نقض ٢ يونية سنة ١٩٣٢ محاماة ١٣ ص ٥٥ .

المشرع تقنينه . ومن أهم المبادىء التى قررها القضاء المصرى فى هذا الموضوع هو التمييز فى عقود الهبة المستترة ، بين عقد صرح فيه بالابراء من الثمن أو بالتنازل عنه ، فيكون هبة باطلة ، وآخر لم يصرح فيه بذلك ، فيبقى صحيحا[١] .

الشرط الجزائى : ومن القضاء المشهور المبتكر ما قررته المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة بشأن الشرط الجزائى . وقد خالفت فيه نصا صريحا فى القانون ، هو نص المادتين ١٨١/١٢٣ ، ويقضى بأن الشرط الجزائى لا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر . ولكن محكم الاستئناف المختلطة قضت بدوائرها المجتمعة[٢] بأنه يجوز الا يحكم بشىء ما من الشرط الجزائى إذا لم يثبت حصول ضرر . ويمكن تبرير هذا المبدأ على اساس أن الشرط الجزائى إنما هو تعويض ، وشرط التعويض حصول الضرر . وذهبت المحاكم الأهلية الى ابعد من ذلك ، فقضت بأن الشرط الجزائى ، كما يجوز الغاؤه عند عدم حصول الضرر ، يجوز كذلك تخفيضه إذا كان المبلغ المتفق عليه لا يتناسب مع الضرر الذى حصل فعلا[٣] . وحجتها فى ذلك أن الشرط الجزائى المبالغ فى تقديره إنما هو شرط تهديدى محض لا يلتفت اليه ،وللمحاكم أن تقدر التعويض المناسب . على أنه يمكن تبرير هذا المبدأ من الناحية الفقهية على أساس نظرية السبب .

ومهما يكن من أمر فان القضاء المصرى ، من اهلى ومختلط ، مجمع على الخروج على نص صريح فى القانون ، وأن كان يخرج عليه بشىء من التفاوت ، ويبرر هذا الخروج تبريرا يختلف قوة وضعفا . وقضاؤنا المصرى مبتكر فى هذا ، لا لخروجه على التشريع المصرى فسحب ، بل

---

(١) استئناف اهلى ٥ ابريل سنة ١٩٠٠ حقوق ١٩ ص ٤ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٦ ص ٢٣٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٧ حقوق ٢٢ ص ٢٦٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٠ مجموعة ١١ ص ٢٩٩ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ مجموعة ١٢ ص ١٢٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ ص ٢٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٦ مجموعة ١٧ ص ٨١ - ٢٦ ابريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ ص ٥٥١ - محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى اول مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ٢٣ ص ٦٨ .

(٢) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ .

(٣) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ مجموعة ٢٧ ص ١٥٣ .

لاختلافه أيضا مع القضاء والتشريع الفرنسيين، فان هذين يقضيان بوجوب احترام الشرط الجزائى احتراما تاما، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر.

وفى هذا ما يسترعى نظر المشرع المصرى عند مراجعة التقنين. فعليه أن يزن هذا القضاء المبتكر، وأن يدمجه فى تقنينه الجديد، حتى لا يصطدم القضاء مع النصوص التشريعية الصريحة.

تصرفات السفيه قبل الحجر عليه: وهنا ايضا نجد قضاءنا فيه شىء من الابتكار. فالقول المعمول به فى الشريعة الاسلامية أن السفيه لا تبطل تصرفاته الا من وقت الحجر عليه، وليس لقرار الحجر أثر رجعى، وهذا قول أبى يوسف وهو المفتى به.

ولكن القضاء المصرى لا يقف عند ذلك. بل هو يحارب سوء النية والتواطؤ على الغش بسلاح آخر، غير قاعدة الحجر على تصرفات السفيه. فإذا ثبت عنده أن السفيه بادر قبل توقيع الحجر عليه الى التصرف فى أمواله، متواطئا فى ذلك مع من تصرف له، ابطل هذا التصرف، تطبيقا للمبدأ العام القاضى بأن القانون لايحمى الغش ولا التواطؤ ولا التحايل على الأحكام القانونية، وكل ما يقع من ذلك يجب ان يكون باطلا[1].

وهذا ايضا قضاء عملى عادل، يصح أن يدمج فى تقنيننا الجديد.

المسئولية عن الأشياء: لسنا فى حاجة الى استعراض تطور القضاء الفرنسى الخطير فى هذا الموضوع، فهو مشهور. وإنما نكتفى بالاشارة

---

(١) محكمة النقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ - من ٤٩٢ - انظر أحكاما أخرى كثيرة فى هذا المعنى. منها استئناف أهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٨ ص ٥د - استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ محاماة ١٢ ص ٦٣٣ - استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ جازيت ٢٢ ص ٢٢٨.

ويلاحظ ان الامام محمد يبطل تصرفات السفيه من وقت ظهور السفه، لا من وقت الحجر عليه فقط، فقضاؤنا يتفق مع راى محمد فى النتيجة. وان كان يختلف عنه فى الأساس القانونى. فمحمد يبطل التصرف قبل الحجر للسفه. اما القضاء فيبطله للغش والتواطؤ. فاذا فرض ان من تصرف له السفيه لم يكن متواطئا معه بل كان حسن النية فالظاهر ان محمد يبطل الترصف بالرغم من ذلك. أما القضاء فلا يبطله.

الى أن القضاء الفرنسى وصل فى تطوره الى حد أن جعل المسئولية عن الأشياء مبنية على خطأ مفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس.

اما فى مصر فالحالة تختلف عنها فى فرنسا، من حيث النصوص القانونية ومن حيث الظروف الاقتصادية. وعلى ذلك فلا يزال القضاء عندنا بوجه عام يتطلب اثبات خطأ فى جانب المسئول عن الشىء حتى تتحقق مسئوليته. ولكن ذلك لم يمنع بعض المحاكم، من اهلية ومختلطة، ان تجارى التطور الحديث، وأن تقرر فى قضائها مبدأ المسئولية دون خطأ ثابت. وقد حملها على ذلك تطور الحالة الاقتصادية فى بلادنا، ونهضة الصناعة وارتقاء وسائل النقل وزيادتها مما يعرض الناس لأخطار لم تكن موجودة من قبل. فعدلت بعض المحاكم عن نظرية الخطأ الثابت، واتخذت موقفا اكثر اتفاقا مع مقتضيات هذا التطور الحديث. ولكنها انقسمت الى طائفتين:

١ - طائفة وهى الغالبية تأخذ بمذهب الخطأ المفترض، وتقلد فى ذلك القضاء الفرنسى ولكنها لاتزال تجتاز المراحل الأولى التى سبق للقضاء الفرنسى أن اجتازها من قبل، فبعضها يتلمس أساس الخطأ المفترض فى المسئولية التعاقدية، وبعضها يتلمسه من طريق القياس على المسئولية عن الحيوان، وفريق ثالث يقرر مبدأ الخطأ المفترض دون أن يدعمه على اساس قانونى[١].

٢ - والطائفة الأخرى سارت شوطا أبعد من هذا، وأخذت بمذهب تحمل التبعة[٢]، وهى فى هذا قد سبقت القضاء الفرنسى، إذ هو لم يأخذ بهذا المذهب حتى اليوم.

---

(١) من الأحكام التى اخذت بمبدأ الخطأ المفترض: استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - اول ابريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - محكمة استئناف اسيوط الأهلية ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة ٢٩ عدد ١٣٠ - محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٢٩ محاماة ١٠ ص ١٥٤ - محكمة اللبان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ عدد ١/٩٣.

(٢) انظر محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ مجموع ٢٨ عدد ٥٩ - محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ - ٢٣٣ -

وفى استعراض هذا القضاء ، عند القيام بمراجعة التقنين ، ما يدعو للتفكير فى تحديد الأساس الذى تبنى عليه المسئولية عن العمل الضار ، وهل يحسن بمشرعنا أن يجارى القضاء فى بعض الخطوات التى سار فيها ، إذا وجد ما يبرر ذلك من تطور الظروف الاقتصادية فى مصر .

الملكية الأدبية والفنية والصناعية : وهنا أيضا تجد القضاء المصرى ، الأهلى والمختلط ، يبتكر المبادىء القانونية ، لحماية هذا النوع من الملكية ، إذا ليس له تشريع خاص يحميه . فاستعاض القضاء عن النصوص التشريعية بتطبيق مبادىء العدالة والقانون الطبيعى .

والمبادىء التى قررها القضاء فى هذا الشأن كثيرة مشهورة ، لا داعى لتفصيلها . وهى تصلح أن تكون مرشدا للمشرع المصرى فى تقيينه لأحكام هذه الملكية المعنوية . ولا يفوتنا أن نذكر أن الحكومة المصرية قد وضعت مشروع قانون للملكية الأدبية والفنية ولا يزال محلا للبحث .

ويتبين مما تقدم أن القضاء المصرى مادة خصبة يستفيد منها المشرع المصرى الشىء الكثير ، عند مراجعة التقنين(١) .

ب ـ التقنينات الحديثة

الى اى حد تمكن الاستفادة من هذه التقنينات : قدمنا أن التقنينات الحديثة مصدر خصب لمشرعنا ، يستطيع أن يستمد منها كثيرا من المبادىء القانونية الصالحة فى التقنين .

على أننا نشير بشىء من الحيطة فى ذلك . واعتقادنا أن المشرع يحسن به أن يستمد تشريعه أولا من قضاء البلاد وتجاربها الخاصة . فان اقرار القضاء المصرى لمبدأ واطراده فى السير عليه دليل على صلاحية هذا المبدأ للحياة المصرية فى أغلب الأحيان . والقانون ليس الا وليد هذه الحياة ، يخضع لها ، ويتأثر ، ويجاريها .

---

١٧ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٩٥ ـ استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ٢٩٢٥ م ٣٨ ص ١٢٢ .

(١) على أن هناك مبادىء قررها القضاء المصرى ، لا تنصح للمشرع باتباعها . ونذكر مثلا لذلك مسئولية المستأجر عن احتراق العين المؤجرة ، فالقضاء المصرى يحمل المؤجر عبء الاثبات . ويخرج فى ذلك على القواعد العامة ، والأولى مخالفة هذا القضاء المبتكر ، والرجوع الى القواعد العامة ، فيكلف المستأجر بالاثبات .

على أن هذا لا يمنع أن نستفيد من تجارب الغير الى جانب تجاربنا الخاصة . فقد رأينا التقنينات الحديثة ارتقت رقيا كبيرا ، وتقدمت فى رقيها على التقنين الفرنسى الذى أخذنا عنه . فإذا أردنا تنقيح تقنيننا وجب علينا أن ننتفع بهذا التقدم .

ونلاحظ أولا أنه لا يجوز لنا أن نستمد شيئا من قانون أجنبى فى دائرة الأحوال الشخصية . فان هذه الدائرة تخضع قبل كل شىء لمعتقداتنا الدينية ، ولعاداتنا وتقاليدنا الخاصة ، ولأسلوب حياتنا الاجتماعية ، مما لا يصح أن نقلد فيه الأمم الأجنبية ، وهى غريبة عنا فى عادتها ، بعيدة فى تقاليدها .

ونلاحظ ثانيا أن أكثر ما نستفيده من التقنينات الحديثة إنما يكون من ناحية الشكل . فأسلوب التقنين الحديث ، وتبويب هذا التقنين تبويبا منطقيا محكما ، وتوخى الدقة فى التعبير ، وغير ذلك مما سبق أن أشرنا اليه ، نجد له مثلا طيبة فى التشريعات الحديثة ، يجب علينا أن نتوخاها فى تقنيننا الجديد .

على أن هناك مبادىء قانونية كثيرة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، نجدها فى هذه التقنينات الحديثة ، وهى مبادىء تصلح أن نستلهم منها الشىء الكثير فى تقنيننا الخاص بالمعاملات[1] ، لاسيما فى الجزء الخاص بالالتزامات . فان هذا الجزء يكاد يكون مشتركا بين الأمم ، يسهل بينها التفاهم على مبادئه ، لأن أساسه المنطق ، والمنطق البشرى الصحيح واحد لايتغير . ولأن موضوع الالتزامات هو أكثر موضوعات القانون تجردا من الاعتبارات المحلية ، وتمشيا مع حركة التعامل الدولية ، وتحليقا فى جو التعميم والشمول .

ومن هذه المبادىء ما يتناول نظريات عامة تتمشى على جميع نواحى القانون ، كالمبادىء الخاصة بسلطة القاضى فى تفسير القانون ، ونظرية سوء استعمال الحق . ومنها ما هو مقصور على ناحية معينة كالمنشآت

---

(١) وقد وضع الأستاذ والتون مقترحات جديرة بالنظر ، ببعض نصوص تشريعية ، تتعلق بحق الملكية والتزامات الجوار ، لتعديل التقنين المصرى فى هذه الموضوعات . وقد استمد أكثر هذه النصوص من التقنينات الحديثة (انظر مقاله المنشور فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٨٦ - ص ٢٠١) .

(ولا نتكلم فى السجل العقارى ، فأمره معروف ، ولا على «الافلاس المدنى» . وقد نظمته بعض القوانين الحديثة كالقانون الألمانى والقانون السويسرى) . واكثرها يتصل بنظرية الالتزام كما قدمنا ، نذكر منها على سبيل المثال المبادىء المتعلقة بتكوين العقد ، والنيابة فى التعاقد ، والارادة المنفردة والصورية ، والغبن ، والدفع بعدم التنفيذ ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية عن العمل الضار ، والإثراء بلا سبب ، وحوالة الدين ، والوفاء .

هذه بعض المبادىء التى يصح فيها أن نتطلع الى الاستفادة من التقنينات الحديثة ، لم نحاول حصرها ، وإنما اتينا بأمثلة ندلل بها على اهمية الرجوع الى هذه التقنينات ، لسد بعض الثغرات فى تقنيننا الحاضر ، وقد سبق أن اشرنا اليها عند ما كنا نعدد عيوب هذا التقنين .

ونجتزىء بكلمة موجزة عن كل من المبادىء المتقدمة ، نستعرض فيها ما قررته التقنينات الحديثة بشأنها[1] ، مما يصح أن يكون مثلا لنا نحتذيه . ونتوخى الايجاز التام فى ذلك ، لضيق المقام .

سلطة القاضى فى تفسير القانون : أهم ما يسترعى النظر فى هذا الموضوع هى هذه الخطوة الجريئة التى خطاها المشرع السويسرى فى اعترافه الصريح بسلطة القاضى الواسعة ، لا فى تفسير القانون فحسب ، بل فى صنعه أيضا . فقد نص فى المادة الأولى من القانون المدنى على ما يأتى : «يخضع للتشريع كل الموضوعات التى تعرضت لها نصوصه ، فى ألفاظها أو فى روحها . وإذا لم يوجد نص قانونى يطبق ، حكم القاضى بمقتضى العادات ، فإذا لم توجد عادات ، حكم بمقتضى القواعد التى كان يسنها لو كان مشرعاً ، واستلهم فى ذلك المبادىء التى أقرها الفقه والقضاء[1]» .

---

(١) ونقتصر على التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى ، حتى لايطول بنا البحث . ولكن لا يفوتنا ان نذكر ان هناك مصادر أخرى غير هذه يصح الرجوع اليها . نذكر منها على سبيل المثال المشروع البولونى ، وقد تضمن فى المادة الخامسة النص الآتى : «لا يجوز التحايل على القانون ، وكل عمل قانونى مخالف لهذا النص يكون باطلا لا اثر له» . وهو نص جدير أن نسترشد به فى تقنيننا الجديد .

وهذا النص جرائه فى صراحته . فهو يعدد للقاضى المصادر التى يستمد منها القانون . فيذكر أولا النصوص التشريعية ، ثم روح التشريع ، ثم العادات ، ثم يترك الأمر بعد ذلك للقاضى ، يشرع للحالة المعروضة أمامه ، مستلهما فى ذلك الفقه والقضاء . وهذا هو فى الواقع من الأمر ما يفعله كل قاض ، سويسرى أو غير سويسرى . ولا سبيل الى منع القاضى من الاجتهاد فى الحالات التى لايرى امامه فيها حكما من تشريع أو عرف ، فهو لا محالة مشرع ، يستنبط الحكم الذى يراه ملائما ، ويقضى به . وليست جدة التشريع السويسرى فى هذا الشأن الا فى انه قال صراحة ما لايقوله المشرعون الآخرون عادة ، خشية أن يسترسل القضاء فى سلطة تفسيرية واسعة ، ينقلب بها مشرعا ، لا يتقيد حتى بالنصوص القانونية التى يراها امامه .

ونحن نتكفى بوضع هذا النص التشريعى الخطير تحت أعين الباحثين . ولا نجزم بصواب نقله فى تقنيننا الجديد .

نظرية سوء استعمال الحق : هذه نظرية يعترف بها الفقه ، ويطبقها القضاء ، فى كل القوانين المتمدينة . ويطبقها القضاء المصرى فى أحوال كثيرة . فعدم وجود نص تشريعى فى هذا الموضوع نقص يجب أن نتلافاه فى تقنيننا الجديد . وهذا ما فعلته التقنينات الحديثة . فقد نص التقنين الألمانى فى المادة ٢٢٦ على أن « استعمال الحق لا يكون جائزا ، إذا لم يقصد به الا احداث ضرر للغير(٢) . ونص التقنين السويسرى (م ٢ مدنى) على أن «كل شخص ملزم باستعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يمليها حسن النية . وكل سوء استعمال ظاهر للحق لا يحميه

---

(١) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applieable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les régles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législation. Il s'inspire des solutions consarcrées par la doctrine et la jurisprudence.

(٢) L'exercice d'uu droit n'est pas permis, lorsqu'il ne pent avoir d'autre but que de eauser dornmage it autrni.

القانون» . ونص المشروع الفرنسي الايطالى (م ٧٤ فقرة ثانية) على أنه «يلتزم ايضا بالتعويض كل من أحدث ضررا للغير ، بأن جاوز ، فى استعماله لحقه ، الحدود التى يرسمها حسن النية ، أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق»[٢].

والذى يطلب من مشرعنا أن يبت فيه ، عند وضعه نصا بهذا المعنى ، هو أن يحدد بأى معيار يأخذ فى هذه النظرية ، ابمعيار مادى هو أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات ، أم بميعار شخصى هو أكثر تحقيقا للعدالة ، أم يأخذ بالمعيارين معا ممتزجين . ثم يبت كذلك فى أى مكان يضع هذا النص ، أفى القسم العام من التقنين ، وهذا هو الذى نراه ، إذ النظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، أم يضعه بين النصوص المتعلقة بالعمل الضار فى مصادر الالتزامات ، كما فعل المشروع الفرنسى الايطالى .

المنشآت والمؤسسات (fondations) : لايوجد فى قانوننا ولا فى القانون الفرنسى نصوص خاصة بالمؤسسات . وهذا نقص ظاهر فى التشريعين . والفرنسيون يحتالون على انشاء المؤسسات بطرق مختلفة ملتوية . أما فى مصر ، فقد أغنانا الوقف الى حد كبير عن هذه الطرق . إذ يستطيع من يريد انشاء مؤسسة أن يقف مالا يخصصه للغرض الذى يقصد اليه . ولكن بالرغم من ذلك لازلنا فى حاجة شديدة الى نظام قانونى للمؤسسات يكون أكثر مرونة من نظام الوقف المعروف . «فتنظم إدارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات ، حيث لا يسمح الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود ، بانشاء جمعيات من الأشخاص ، لا مؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا

---

(١) Chacun est tenu d'exereer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus mauifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

(٢) Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré.

التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة)، ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من اجله فقد اهميته، أو أصبح مخالفا لروح الزمن او للنظام العام. كل هذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف. هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء ، إذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر»[١].

هذا النقص فى تشريعنا تلافاه التشريعان الألمانى والسويسرى، فتضمنا نصوصا (م ٨٠ - ٨٨ المانى و م ٨٠ - ٨٩ مدنى سويسرى) تنظم المؤسسات وتقضى هذه النصوص بأن المؤسسة تنشأ بعمل قانونى صادر من جانب واحد. فارادة المنشىء هى التى توجد المؤسسة وتضع نظمها. وهذه الارادة تصدر من صاحبها لتنتج اثرها، اما فى حياته، أو بعد موته وتكون الارادة فى هذه الحالة فى شكل وصية. ثم يلتزم المنشىء بارادته المنفردة أيضا أن ينقل الى المؤسسة ملكية ما تعهد بدفعه من المال الذى خصصه لهذا الغرض. ومن الضرورى فى القانون الألمانى الحصول على ترخيص من الحكومة (بخلاف القانون السويسرى). ويجوز للحكومة التعديل من أغراض المؤسسة، إذا أصبحت الأغراض الأولى مخالفة للنظام العام، وتحترم فى ذلك ارادة المنشىء بقدر الامكان.

وهناك مشروع قانون فى فرنسا يضع نظاما للمؤسسات، ويجعل انشاءها بطريق مباشر، بمجرد تخصيص مال لها. وتكسب المؤسسة الشخصية المعنوية باعلان يماثل الاعلان الذى تكسب به الجمعيات هذه الشخصية. ولا يسمح باشهار المؤسسة الا بعد ترخيص من الجهة الادارية. والترخيص تارة يكون حتميا، وطورا يترك لتقدير الادارة، مع جواز الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الادارية العليا. وقد نظمت فى هذا المشروع رقابة الجهة الادراية على المؤسسات.

---

(١) انظر كتابنا فى الالتزامات جزء أول نظرية العقد ص ٢٠٤ هامش نمرة ١.

أمامنا كل هذه النصوص فى التشريعات المختلفة ، نستطيع أن نستلهم منها تشريعا يتناسب مع حالتنا الخاصة ، لتنظيم المؤسسات فى مصر . فان أمر هذه المؤسسات أصبح الآن خطيرا بانتشار أعمال البر ، وبازدياد النشاط الاقتصادى فى البلاد .

تكوين العقد : قدمنا أن تقنيننا المدنى قد أغفل مسألة من أمهات المسائل فى العقد ، وهى مسألة تكوينه . فلا نص عندنا يقرر كيف يتكون العقد ، وما يتعلق بذلك من أحكام مختلفة ، مثل القوة الملزمة للايجاب ، وتوافق الايجاب مع القبول ، وفى أى وقت يتم ذلك إذا كان التعاقد بين غائبين ، وفى أى مكان ، وما قيمة الايجاب المعروض على الجمهور . وما قيمة السكوت كتعبير عن الارادة ، وغير ذلك من المسائل الهامة .

ونستطيع أن نستفيد فائدة كبرى من نصوص قانون الالتزامات السويسرى فى هذا الصدد ، فهى من خير المثل التى تحتذى . وقد فصل المشرع السويسرى الأحكام المتقدمة فى المواد العشر الأولى من قانون الالتزامات ، وهذه هى نصوصها :

المادة ١ : «يكون العقد تاما ، عندما يظهر المتعاقدان ارادتيهما ، متبادلتين متوافقتين . واظهار الارادة قد يكون صريحا أو ضمنيا»(١) . ويبدو أن هذا النص يأخذ بنظرية الارادة الظاهرة فى العقد .

المادة ٢ : «إذا اتفق المتعاقدان على كل المسائل الجوهرية ، اعتبر العقد قد تم ، حتى ولو بقيت بعض المسائل الثانوية دون اتفاق . وفى حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل الثانوية ، يبت فيها القاضى ، ويعتبر فى ذلك طبيعة التعامل . .(٢)» . وظاهر أن هذا النص يعطى القاضى بعض السلطة فى تكوين العقد . وهذا مثل جديد على تفويض المشرع السويسرى

---

(١) Art, 1er. Le contrat est parfait lorsque les parties, ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. cete manifestaion peut étre expresse ou tacite.

(٢) Art. 2. Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors méme que des points secondaires ont élé réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires. le juge les règle en tenant comple de la nature de l'affaire.

للقاضى كثيرا من الأمور ، فهو يشرع تارة ، ويساعد الأفراد على تكوين عقودهم تارة اخرى .

المادة ٣ : «كل شخص يعرض اتمام عقد على آخر ، ويحدد ميعادا للقبول ، يلتزم بايجابه حتى نهاية الميعاد . وينحل التزامه إذا لم يصله القبول قبل انتهاء الميعاد »(١) .

وفى هذا النص اعتراف بالقوة الملزمة للايجاب ، واخذ بنظرية العلم والقبول .

المادة ٤ : «إذا عرض الايجاب على شخص حاضر ، دون تحديد ميعاد للقبول ، تحلل صاحب الايجاب إذا لم يصدر القبول فى الحال . وتعتبر العقود التى تمت بطريق التليفون عقودا بين حاضرين ، إذا اتصل الطرفان ، أو وكيلاهما ، أحدهما بالآخر اتصالا شخصيا »(٢) . وقد اعتبر هذا النص العقد بطريق التليفون كأنه عقد تم بين حاضرين . وان كان ذلك لا يصدق الا من حيث الوقت الذى يتم فيه العقد ، لا من حيث المكان .

المادة ٥ : «إذا صدر الايجاب لشخص غائب ، ولم يحدد لقبوله ميعاد ، بقى صاحب الايجاب مرتبطا به الى الوقت الذى يتوقع فيه وصول رد يرسل فى الوقت المناسب وبطريق منتظم . وله أن يفرض وصول الايجاب فى وقت مناسب . وإذا وصل القبول ، ولو أرسل فى وقت مناسب ، متأخرا الى من صدر منه الايجاب ، وكان هذا لا يريد الارتباط به ، وجب عليه أن يعلم من صدر منه القبول بذلك فى الحال(٣) » . وعند هذا النص

---

(١) Art. 3. Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

(٢) Art. 4. Lorsque l'offre a élé faite à une personne présente sans fixation de délai pour l'accepter. l'auteur de l'offre est délié. si l'aceptation n'a pas lieu immédiatement. Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre presents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication,

(٣) Art. 5. — Lorsque l'offre a été faite sans fixation de delai a une personne non présente, l'auteur de llé jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement. It a le droit d'admettre que l'offre à été reçue à temps. Si l'aeceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offer, et que celui-ci entende ne pas étre lié, il doit en informer immédiatement l'aeceptant.

لا يسعنا الا أن نعجب بالتسلسل المنطقى الذى ساق به المشرع السويسرى نصوصه . فهو فى المادة الثالثة يفترض أن الموجب حدد ميعاداً للقبول ، وفى المادتين الرابعة والخامسة افترض انه لم يحدد ميعادا سواء كان الطرف الآخر حاضرا ، وهذا ما نص على حكمه فى المادة الرابعة ، أو غائبا ، وهذا ما خصص له المادة الخامسة .

المادة ٦ : « إذا كان صاحب الايجاب ، نظرا لطبيعة التعامل الخاصة أو للظروف ، لا يتوقع صدور قبول ، يعتبر العقد قد تم إذا لم يرفض الايحاب فى ميعاد مناسب[١] » . وهذا نص محكم ، يبين متى يعتبر السكوت قبولا . يقابله نص لا يقل عنه أحكاما ، عند فقهاء الشريعة الاسلامية يقضى بأن « السكوت فى معرض الحاجة بيان » .

المادة ٧ : « صاحب الايجاب لا يتقيد به ، إذا تحفظ فى هذا الشأن تحفظا صريحا ، أو إذا ظهرت نيته فى عدم التقيد ، من الظروف أو من طبيعة التعامل الخاصة . ولا يعتبر ايجابا ملزما ارسال الأسعار والأثمان المعتادة وغيرها . أما عرض البضائع مع بيان اثمانها فيعتبر ايجابا[٢] » . وهذا نص يأتى بتطبيقات عملية ، تبين متى يعتبر العرض الصادر من الموجب مجرد مفاوضة ، ومتى يعتبر ايجابا باتا . وقد يكون موضوع هذا النص متأخرا فى هذا المكان .

المادة ٨ : « من تعهد علنا باعطاء جائزة فى مقابل القيام بعمل ، يلتزم بدفعها طبقا لتعهده . فإذا عدل عن التعهد قبل أن يصل اليه شيء ، التزم برد المصاريف التى أنفقت عن حسن نية ، الى حد قيمة المكافأة التى وعد بها ، الا إذا أثبت أن النتيجة المنشودة ما كانت لتتحقق[٣] » .

---

(١) Art. 6. Lorsque l'auteur de l'offer ne devait pas, en raison de al nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à son acceptation, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

(٢) Art. 7. L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des résrves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit, de la nature spéciale de l'affaure. L'envoi de tarifs, de prix courants ete, ne constitue pas une offre de contracter. Le fait d'exposer des marchandises avee indication de prix, est tenu dans la régle pour une offre.

(٣) Art. 8. Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation. est tenu de la payer conformément à sa promesse. S'il retire sa

=

وهذا النص الذى يحدد ، فى حالة عرض جائزة على الجمهور ، الوقت الذى لا يستطيع فيه الموجب العدول عن ايجابه ، لا يتفق مع المنطق فى نظرنا . وكان الأولى أن يكون هذا الوقت هو علم شخص معين من الناس بالجائزة المعروضة ، لا قيام هذا الشخص بالعمل المطلوب .

المادة ٩ : «يعتبر الايجاب غير موجود ، إذا وصل العدول عنه الى من توجه اليه ، قبل وصول الايجاب ، أو فى نفس الوقت ، أو بعد هذا الوقت بشرط أن يعلم به الطرف الآخر قبل العلم بالايجاب . وتطبق القاعدة نفسها فى حالة العدول عن القبول[١]» . وهذا نص يبين متى يمكن العدول عن الايجاب أو القبول . ويظهر لنا أن موضوع النص فى هذا المكان متأخر ، كما لاحظنا ذلك فى نص المادة ٧ .

المادة ١٠ «التعاقد فيما بين غائبين ينتج آثاره من الوقت الذى يصدر فيه القبول . وإذا لم يكن القبول الصريح ضروريا ، فترجع اثار العقد الى وقت قبول الايجاب[٢]» . وهذا نص فى التعاقد بالمراسلة ، تضمن حلا ، هو محل للنظر ، فى هذا الموضوع الدقيق .

هذه نصوص واضحة ، تقرر أحكاما هامة . وهى مثل طيب فى الترتيب المنطقى والوضوح وإستعابة الموضوع فى غير تكلف ولا اطالة . ونتمنى على مشرعنا لو عنى بدراسة هذه النصوص وأمثالها عند مراجعة التقنين المدنى ، حتى يقتبس منها ما يراه صالحا فى هذا الموضوع الهام ، بعد أن أغفله اغفالا تاما فى التقنين الحالى .

وقد وضع المشروع الفرنسى الايطالى نصوصا مماثلة للنصوص المتقدمة فى تكوين العقد (م ٢ - ٤) . وهى أكثر اختصارا ، ولكنها أقل وضوحا ، وليس فيها هذا التسلسل المنطقى الذى نراه فى قانون

=

promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succes espéré n'aurait pas été obtenu.

(١) Art. 9. L'offre est considérée comme non avenue, sl le retrait en parvient avant l'offre ou en méme temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. La méme règle s'applique au retrait de l'acceptation.

(٢) Art. 10. Le contrat entre absents déplole ses effets dés le moment où l'acceptation a été expédiée. Si une acceptaton expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de l'acceptation de l'offre.

الالتزامات السويسرى ومن بين النصوص الثلاثة التى أتى بها المشروع فى هذا الموضوع ، نرى النص الثانى (م ٢) طويلا شديد التعقيد ، قليل التناسق ، وكان الأولى تجزئته الى عدة نصوص .

أما التقنين الألمانى ، فقد تناول هذا الموضوع فى نصوص كثيرة (م ١٤٥ - ١٥٦) . وتمتاز هذه النصوص بترتيب منطقى قد يكون أدق من ترتيب التقنين السويسرى . وتمتاز كذلك بأنها استوعبت فروضا عملية لم يتعرض لها المشرع الفرنسى . فهى جديرة بالدراسة والتمحيص ، لتقارن بنصوص التشريع السويسرى ، فيخرج الباحث بنتائج كبيرة القيمة من الناحية التشريعية . ولولا ضيق المقام لأوردنا النصوص الألمانية . ولكن نكتفى باشارة الى نص المادة ١٥٣ ، وهو يقضّى بعدم سقوط الايجاب بموت أو زوال أهلية الموجب ، وهذه نتيجة منطقية من جعل الايجاب ملزما .

النيابة فى العاقد : لم يضع المشرع المصرى نظرية عامة للنيابة فى التعاقد ، ولا نجد مثل هذه النظرية فى التشريع الفرنسى . فالتشريعات ناقصان من هذه الناحية . واقتصارهما على عقد الوكالة لا يكفى لتقرير كل أحكام النيابة ، فالوكالة ليست الا نوعا واحدا من أنواع النيابة .

وقد عنيت التقنينات الحديثة بهذا الموضوع . فنرى التقنين الألمانى يورد نظرية كاملة للنيابة (م ١٦٤ - ١٨١) بدقته المعهودة ، وترتيبه المنطقى ، واستيعابه للموضوع .

وكذلك فعل قانون الالتزامات السويسرى (م ٣٢ - ٤٠) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٣٠ - ٣٧) ونصوص هذه التقنينات الثلاثة جديرة بالمقارنة بعضها بالبعض الآخر ، حتى يستخلص منها نصوص صالحة لادماجها فى تقنيننا الجديد .

الارادة المنفردة : هى نظرية جرمانية الأصل . ولكنها جاوزت حدود القوانين الجرمانية ، وانتشرت فى كثير من القوانين .

أما التقنين الألمانى فقد قرر عدم الأخذ بها كنظرية عامة ، وان كان قد اخذ بها على سبيل الاستثناء فى مواضع معينة نص عليها (انظر م ٣٠٥) . وقد سار قانون الالتزامات السويسرى على هذا المنهج ، فاعترف بالارادة المنفردة مولدة للالتزام فى حالات خاصة .

وانفرد المشروع الفرنسى الايطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة ، بإعتبارها مصدرا للالتزام ، فقضى فى المادة ٦٠ بأن الارادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها . وتنطبق على الارادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد ، عدا القواعد المتعلقة بوجوب توافق الارادتين لانشاء الالتزامات...[١]» . وقد جاء فى التقرير المرفق بالمشروع ما يأتى : «ان هذا النص كان مثارا للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والايطالية . فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديدا جريئا لا يتطلبه العمل . ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة للقانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة للقانون الايطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الايطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد ، يعتبر الايجار ملزما بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبير بالنسبة لهذا القانون . ومن المفيد ادخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حدا للخلاف فى تعرف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة ، كما فى تطهير العقار . وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من تعهد ، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدودا معقولة لهذا التجديد . فهى لم تكتف بالشروط الموضوعية للعقد ، من الأهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الارادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة»[٢] .

---

(١) Art. 60. La promesse unilatérale, si elle est faite par écrit et si sa durée n'est pas indéterninée, oblige son auteur aussitot qu'elle est arrivée à la connaissance de la personne à laquelle elle est destinée, à moins que celle-ci ne refuse.

Sont applicables à la promesse unilatérale toutes les régles des contrats, à l'exception de celles qui se réfèrent è la nécessité de l'accord des volontés pour l'existence des obligations.

(٢) انظر ص ٧١ - ص ٧٣ من التقرير المذكور . انظر ايضا م ٢٢ من القانون التونسى و م ١٨ من القانون المراكشى .

ولا يسعنا ، أمام الاعتبارات التى أشار اليها التقرير ، الا أن نشير بجعل هذه المسألة موضوع عناية مشرعنا عند وضع التقنين الجديد .

الصورية : موضوع ذو خطر فى الحياة العملية . ليس عندنا فيه نص فيما عدا الهبة المستترة . والنصوص الفرنسية ناقصة معيبة .

وقد وضع المشرع الألمانى نصا فى الصورية (م ١١٧) يقضى بجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة للغير . وهو حكم غريب نفضل عليه حكم قانون الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ثانية) ويقضى بسريان العقد الظاهر .

وأفضل من النصين ، وأكثر استيعابا للموضوع ، نص المادتين ٤٩ و ٥٠ من المشروع الفرنسى الايطالى . وتقضى المادة الأولى بأنه « فى حالة الصورية ، لا ينتج العقد الظاهر أثرا فيما بين المتعاقدين وإذا قصد المتعاقدان ، باتخاذهما شكل عقد معين ، أن يبرما عقدا آخر ، فهذا العقد الأخير يكون صحيحا إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته . ويجوز لدائنى المتعاقدين وللغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسنى النية ، ويجوز لهم أيضا أن يثبتوا الصورية التى وقعت ضارة بهم . ويجوز اثبات الصورية بكل الطرق ، حتى فيما بين المتعاقدين .[١] » . وتقضى المادة الأخرى بأن « العقود المستترة التى لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفهم العام . ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفا فيها ، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها[٢] » .

---

(١) Art 49. Au cas de simulation, le contrat apparent ne produit pas d'effets entre les parties. Si, sous la forme d'un contrat, les parties ont voulu en conclure nn autre, ce dernier est valable pourva qu'il réunisse toutes les conditions de fond requises pour sa validité. Les créanciers des parties contractantes et les tiers peuvent se prévaloir du contrat apparent pourvu qu'ils soient de bonne foi: ils peuvent aussi prouver la simulation faite à leur préjudice. La simulation peut étre prouvée par tous moyens, méme entre les parties.

(٢) Art. 50. Les contre-letters qui ne sont point déclarées nulles par la loi ont effet entre les parties contractantes et leurs successeurs à titre universel. Elles ne peuvent étre opposées à ceux qui y ont été étrangers, mais ceux-ci peuvent s'en prévaloir.

وفى هذين النصين المتقدمين ملخص دقيق واضح لأحكام الصورية . وهما ولاشك نصان يصلحان للإستئناس بهما عند مراجعة التقنين المصرى . ونلاحظ أن المشروع الفرنسى الايطالى قد خرج على القواعد العامة فى أحكام الصورية فى مسألة واحدة ، وهى اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين ، فقد أجاز هذا الاثبات بجميع الطرق .

الغبن : لم يضع المشرع المصري نظرية عامة للغبن ، بل اقتصر على اجازة الطعن بالغبن فى بعض حالات معينة نص عليها . وكذلك فعل المشرع الفرنسي . والتشريعان ناقصان من هذه الناحية .

أما التقنينات الحديثة فقد عنيت بهذا الموضوع الهام ، فوضعت فيه نصوصا عامة .

من ذلك ما نص عليه التقنين الألمانى فى المادة ١٣٨ إذ قضت بما يأتى : «كل عمل قانونى يخل بالآداب يكون باطلا . ويكون باطلا بنوع خاص العمل القانونى الذى يستغل به شخص حاجة شخص آخر أو خفته أو عدم تجربته ، فيحمله ، فى نظير شيء معين ، على أن يتعهد أو يعطى ، له أو لشخص آخر ، منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هذه المنافع بالنسبة للشيء ، غير متعادلة الى درجة فادحة[١] .

وتنص المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى على ما يأتى : «فى حالة اختلال التعادل اختلالا واضحا ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون ، فى غضون سنة ، أن يعلن بطلان العقد ، ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع الى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها ، أو خفة ، أو عدم تجربة»[٢] .

---

(١) Art. 138. Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes moeurs est nul. Est unt. en partieulier, un acte juridique par léquel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légéreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une perstation un promette ou que l'ou fournisse des avantages partimoniaux qui excédent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'cn tenant compte des circonstances ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante.

(٢) Art. 21. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise

وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الايطالى بما يأتى : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل مع ما حصل عليه بموجب العقد ، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض ، تبعا للظروف ، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد ، أو أن ينقص الالتزامات(١) .

هذه نصوص فى الغبن تضع نظرية عامة له ، وتجعله يتمشى على كل العقود ، فلا تخص عقدا دون آخر . وكل عقد تحقق الغبن فيه وكان هذا الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين للثانى ، يكون باطلا . حكم شامل يحقق العدالة فى جميع العقود . وتشترك هذه النصوص فى أنها تنظر جميعا إلى الغبن نظرة شخصية لا نظرة مادية ، فهو فيها مظهر من مظاهر عيوب الرضاء ، لأنه ، وهو نتيجة استغلال الحاجة أو الخفة أو عدم التجربة ، يكون قد وقع بناء على اكراه أو غلط أو تدليس . فتشترك هذه النصوص فى شىء آخر ، فهى جميعا تضع للغبن معيارا مرنا لا قاعدة جامدة ، فلا يقدر الغبن برقم محدود ، كما هو الأمر فى التقنين الفرنسى والمصرى ، بل الغبن هو **اختلال فادح** فى التعادل ، أو هو **اختلال واضح** أو هو انحراف عن كل تعادل .

ويستطيع مشرعنا أن يقارن ما بين هذه النصوص ، ويختار لنفسه نصا يصل منه إلى تقرير مبدأ عام فى الغبن ، ليس موجودا فى تشريعنا الحاضر .

الدفع بعدم التنفيذ : (Exceptio non adimpleti contractus) : لا يوجد فى تقنيننا ولا فى التقنين الفرنسى ، نص عام على هذا الدفع ، مع أهميته . ونحن إنما نصل إلى تقريره من طريق جمع تطبيقات له متفرقة ، نص عليها التقنين ، واستنباط قاعدة كلية من هذه الجزئيات .

---

par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, daus le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de son géne, de légéreté ou de son inexpérience.

(١) Art. 22. Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentemet n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.

اما التقنينات الحديثة فقد أوردت نصوصا عامة فى هذا الدفع ، يجدر بنا أن نتأمل فيها ، فقد نصت المادة ٣٢٠ من التقنين الألمانى على ما يأتى :«كل من كان ملتزما بموجب عقد ملزم للجانبين ،يجوز له أن يمتنع عن القيام بالتزامه حتى يتحقق تنفيذ الالتزام المقابل ، إلا إذا كان قد التزم بتنفيذ التزامه اولا(١).

ونصت المادة ٨٢ من قانون الالتزامات السويسرى على أن «من يطالب بتنفيذ عقد ملزم للجانبين يجب أن يكون قد نفذ ، أو عرض أن ينفذ ، التزامه هو ، إلا إذا كان منتفعا بأجل مشروط فى العقد أو مستخلص من طبيعته(٢).

وتقضى المادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه «فى العقود الملزمة للجانبين ، يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به هو ، ما لم يكن قد تحددت مواعيد مختلفة لتنفيذ الالتزامين(٣)» .

على اننا نلاحظ على كل هذه النصوص أنها مقصورة على دائرة العقود الملزمة للجانبين ، مع أن الدفع بعدم التنفيذ اوسع نطاقا من هذه الدائرة . فحيث يوجد شخصان ملتزمان كل منهما للآخر ، سواء نشأ الالتزامان او احدهما من عقد ملزم للجانبين ، او من عقد ملزم لجانب واحد ، أو من غير عقد اصلا ، وهناك **ارتباط** ما بين هذين الالتزامين ، فلا يجوز لأحدهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزامه ، ما لم يقم من جانبه بتنفيذ ما التزم به . فنحن نرسم بهذا المبدأ دائرة واسعة للدفع بعدم التنفيذ . ونرى ربط ما نسميه «حق الحبس» بهذا الدفع فما حق الحبس

---

(١) Art. 320. Quiconque est obligé en vertu d'un contrat synallagmatique peut refuser la prestation qui lui incombe lusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée, à moins qu'il ne soit obligé d'exécuter le premier.

(٢) Art. 82. Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les cluses ou la nature du contrat.

(٣) Art. 48. Dans les contrats synallagniatiques, chaque contractant peut refuser d'exécuter son obligation si l'auteur n'exécute pas la sienne, à moins qu'il n'ait fixé des dates différéntes pour l'exécution des deux obligations.

هذا الا تطبيق من تطبيقاته ، وليس هو بالحق العينى كما زعم مشرعنا (م ٥/١٩).

الاشتراط لمصلحة الغير : تطور هذا المبدأ تطورا خطيرا . وكان قد ورد فى التقنين الفرنسى على انه استثناء ضيق من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا يكسب حقا للغير ، وحدد هذا الاستثناء بقيود معروفة . وورد فى التقنين المصرى فى عبارة غامضة ، أشرنا إليها غير مرة ، ثم ما لبث أن نقض بالمبدأ العكسى ، حيث قرر المشرع المصرى أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقديها . فجاء هذا المبدأ الخطير مضطربا حائرا فى كل من التقنينين. ويستحيل على من يقرأ النصوص التى وردت فيهما متعلقة بهذا المبدأ أن يدرك منها أن الاشتراط لمصلحة الغير لم يعد استثناء ، بل أصبح هو القاعدة ، بحيث يجوز لكل شخص أن يتعاقد مع آخر ، مشترطا حقا يكسبه الغير من هذا التعاقد .

وهذا ما تولت التقنينات الحديثة تقريره فى وضوح وجلاء ، فقرر التقنين الألمانى هذا المبدأ العام فى المادة ٣٢٨ . وهى تقضى بأنه «يجوز اشتراط القيام بالتزام للغير ، بمقتضى عقد ، يكسب الغير منه مباشرة حق تقاضى هذا الالتزام[١]» . ثم اورد نصوصا أخرى كثيرة ، تفصل قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وهى القواعد المعروفة .

أما قانون الالتزامات السويسرى فقد نص فى المادة ١١٢ على أن «من اشترط ، وهو يتعاقد باسمه ، التزاما لمصلحة الغير ، كان له الحق فى أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام لفائدة الغير . ويجوز للغير أيضا ، ولخلفه ، أن يطلب التنفيذ بنفسه ، إذا كان هذا هو نية المتعاقدين ، أو قضى العرف بذلك[١]» .

وينص المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٤٥ على ما يأتى : «يجوز أن يشترط شخص ، يتعاقد باسمه ، حقا للغير ، إذا كان له مصلحة

---

(١) Art. 328. Par contrat peut être stipulée une prestation à faire à un tiers avec cet effet que le tiers acquière directement le droit de poursuivre la prestation.

(٢) Art. 112. Celui qui, en agissant en son propre nom, a stiplé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des paties ou tel est l'usage.

شخصية ، مادية أو أدبية ، فى تنفيذ هذا الالتزام . ويكسب الغير ، بمقتضى هذا الاشتراط ، حقا فى ذمة المتعهد ، إذا لم يوجد اتفاق يقضى بعكس ذلك . على أن للمشترط أن ينقض ما اشترطه ، إلى أن يعلن الغير إرادته فى أن ينتفع بالحق[٢] » .

وكل هذه نصوص صريحة فى جواز الاشتراط لمصلحة الغير ، يجدر بنا أن نحتذيها فى تقنيننا الجديد .

نصوص اخرى : ويضيق بنا المقام ، لو ذكرنا كل النصوص التى يصح أن نهتدى بها فى التقنينات الحديثة . فنكتفى هنا بالاشارة إلى بعضها . فمن ذلك النص الخاص بنظرية العقد فى القانون الألمانى (م . ١٤) . والنصوص الخاصة بمسئولية عديم التمييز مسئولية تقصيرية (انظر م ٨٢٩ المانى و م ٥٤ التزامات سويسرى و م ٧٦ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة بقاعدة الاثراء بلا سبب (انظر م ٨١٢ المانى - و م ٦٢ من قانون الالتزامات السويسرى و م ٧٣ من المشروع الفرنسى الايطالى) . والنصوص الخاصة بجواز حوالة الدين ، على نسق حوالة الحق (انظر م ٤١٤ إلى ٤١٩ من التقنين الألمانى و م ١٧٥ إلى ١٨٣ من قانون الالتزامات السويسرى) . وغير ذلك .

ولا ننسى أن حركة التقنين الحديثة تنتظم جميع البلاد ، وإن كل تقنين حديث يظهر يحمل اثر التقنينات التى سبقته . فالتقنين السويسرى أخذ من التقنين الألمانى ، والمشروع الفرنسى الايطالى اخذ عن كل من التقنينين . وعن هذه التقنينات أخذ غيرها من التقنينات الأخرى . فهناك ارتباط لا ينكر بين التقنينات الحديثة بعضها بالبعض الآخرى . ولا يسع أمة أن تنعزل فى تقنينها عن تقنينات غيرها من الأمم ، وإلا حرمت نفسها من ثمرات تجارب هذه الأمم دون أن تستفيد من عزلتها شيئا . وإنما يطلب من الأمة الرشيدة الا تقلد غيرها تقليدا أعمى ، فلا تنقل عن تشريع أجنبى إلا ما يتلاءم مع حالتها .

---

(١) Art. 45. On peut stipuler en son propre nom au prof d'un tiers lorsqu'on a un intérét personnel, matériel ou moral, à l'exécution de l'obligation. Par l'effet de la stipulation et sauf convenation contraire, le tiers acquiert un droit contre le promettant : toutefois, celui qui a fait cette stipulation peut la révoquer jusqu's ce que le tiers ait déclaré vouloir en profiter.

جـ - الشريعة الاسلامية

اهمية الشريعة الاسلامية من الناحية التاريخية : يجب أن تنال الشريعة الاسلامية نصيبا كبيرا ، من عناية المشرع المصرى عند تنقيح التقنين ، فقد كانت شريعة البلد قبل العمل بالقوانين الحالية . ولا تزال شريعة البلد فى قسم كبير من القانون المدنى ، هو قسم الأحوال الشخصية ، وفى موضوعات من قانون المعاملات .

واستقاء تشريعنا ، بقدر الامكان ، من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع تقاليدنا القانونية القديمة ، ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقا ، بل ينمو ويتطور ، ويتصل حاضره بماضيه .

أهمية الشريعة الاسلامية من الناحية العلمية : هذا من الناحية التاريخية . أما من الناحية العلمية ، فالشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم . وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . ولا نعرف فى تاريخ القانون نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانونى الدقيق ، يضاهى منطق القانون الرومانى ، إلا الشريعة الاسلامية .

فإذا كان لنا هذا التراث العظيم ، فكيف يجوز أن نفرط فيه !

لا نتردد فى الاشارة بوجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية فى كثير من الموضوعات ، التى يكون الرجوع فيها إلى هذه الأحكام ممكنا ، فإن منها ما يقوم على مبادىء تضاهى أو تفوق أحدث المبادىء القانونية فى العصر الحاضر .

ولا يجوز أن ننخدع بهذه النظرة السطحية التى يلقيها البعض على الشريعة الاسلامية ، فيعتقد فيها عدم الصلاحية والجمود ، فإنها نظرة خاطئة . فالشريعة الاسلامية قد تطورت كثيرا ، وتستطيع أن تتطور ، حتى تماشى المدنية الحاضرة . وقد أنصفها الدكتور انريكو انساباتو (Enrico Insabato) حين قال : «إن الاسلام إذا كان محدودا غير متغير فى شكله يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة . فهو يستطيع أن يتطور ، دون أن يتضاءل ، فى خلال القرون ، ويبقى محتفظا بكامل ما له من قوة الحياة والمرونة ... (ولا يجوز) أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الاسلامية ، أو أن تغفله ، أو أن تمسه بسوء ، فهو الذى

أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتا، شريعة تفوق فى كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية[١]». وينصح الأستاذ بيولا كازيللى، فى مقاله الذى سبقت الاشارة إليه، بالأخذ من مبادىء الشريعة الاسلامية، فإن هذا أكثر اتفاقا مع روح البلد القانونية[٢].

حاجة الشريعة الاسلامية إلى حركة تجديد علمية: لا ننكر أن الشريعة الاسلامية فى حاجة إلى حركة علمية قوية، تعيد لها جدتها، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ أمد طويل، وتكسر عنها أغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء.

وقد اقترحنا فى كتاب «الخلافة»[٣] أن ترتكز هذه الحركة العلمية على دراسة الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة وفى ضوء القانون المقارن. وتقوم هذه الدراسة الجديدة على أساس التمييز ما بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية. فالأولى لا شأن لنا بها، وإنما نعنى

---

(١) الدكتور انساباتو: الاسلام وسياسة الحلفاء ص ١٤٥ - ص ١٤٦.

(٢) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٢١ مجلد ١٢ ص ١٩٥. وإذا كان بعض المستشرقين، كالاستاذين شنوك هير حرونج وجولد زيهر، خيل له أن مبادىء الشريعة الاسلامية جامدة لا تتطور، فذلك يرجع إلى أن هؤلاء المستشرقين ليسوا من رجال القانون، فهم ينظرون إلى الشريعة الاسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه، وإلا فإن رجال القانون ممن درسوا الشريعة الاسلامية يختلفون مع هؤلاء المستشرقين فى نظرتهم إلى الشريعة. ويكفى أن نشير إلى الفقيه الألمانى الكبير كوهلر (Kohler) وإلى الأستاذ الايطالى دلفشيو (Del Vecchio) عميد كلية الحقوق بروما وإلى العميد الامريكى ويجمور (Wigmore) وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء، يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الرومانى والقانون الانجليزى، احدى الشرائع الاساسية الثلاثة التى سادت ولا تزال تسود العالم.

وقد اشار الأستاذ لامبير (Lambert)، الفقيه الفرنسى المعروف، فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى انعقد فى مدينة لاهاى سنة ١٩٣٢، إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية الذى بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا فى العصر الحاضر (انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس. القسم الافرنجى ص ٣٠١ - ٣٠٢).

(٣) «الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية»: باريس سنة ١٩٢٦ ص ٥٨٠ - ص ٥٨٦ و ص ١٣ - ص ١٦.

بالأخيرة . فنميز فيها بين حكم اقتضاه إقتران الدين بالفقه الاسلامى ، وهذا يبقى محترما ولكن فى العقيدةوالقلب إذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانونى المحض ، وهذا هو الذى يدخل فى دائرة بحثنا العلمى . ثم نميز أيضا ، فى هذه الأحكام القانونية المحضة ، بين المبادىء العامة الشاملة ، وهذه هى الأسس التى تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هى التى تتطور حتى تماشى الزمن .

ولا ننسى أن بين المصادر الأربعة للشريعة الاسلامية مصدرا هو الاجماع ، نعتبره مفتاح التطور فى هذه الشريعة ، فهو الذى يكفل لها حياة متجددة تتمشى مع مقتضيات المدنيات المتغيرة .

ظهر الاجماع ، فى أول مراحله ، فأعطى للعادات[١] مكانا بين المصادر القانونية . فكان مالك يأخذ باجماع أهل المدينة ، أى عاداتهم ، باعتبار أنهم إذا اعتادوا شيئا وأجمعوا عليه كان من ذلك قرينة على أنهم قلدوا فيه صاحب الرسالة وكان مقيما بين ظهرانيهم . ثم استخدم الفقهاء الاجماع ، فى مرحلة ثانية ، ليجعلوا من اتفاق الصحابة على رأى قانونا ملزما . واستخدموه ، فى مرحلة ثالثة ، ليخلص لهم هذا القانون الملزم من اتفاق الأجيال الأخرى من المجتهدين غير الصحابة .

فالاجماع فى المرحلة الأولى كان شيئا يصدر عن غير قصد ، بل عن غير شعور : عادة ألفها الناس فصارت محترمة . أما فى المرحلتين الأخريين ، فهو يصدر عن شعور ، ولئن لم يصدر عن اتفاق مقصود . فلو تطور الاجماع ، فى مراحله المنطقية ، وجب أن يصل إلى مرحلة يصدر فيها عن هذا الاتفاق المقصود ، ولا يكتفى فيه بالاتفاق العرضى . فيجتمع المسلمون ، أو نواب عنهم ، ويستعرضون مسائلهم ويقررون فيها أحكاما تتفق مع حضارة زمنهم ، وهذه الأحكام تكون تشريعا . وبذلك يكون الاجماع عنصر التجديد فى الشريعة الاسلامية ، يحتفظ لها بمرونتها وبقدرتها على التطور .

صلاحية الشريعة الاسلامية ، حتى فى حالتها الراهنة ، لأن تكون مصدرا للتقنين المصرى : ومهما يكن من أمر الشريعة الاسلامية ، وحاجتها إلى حركة التجديد التى نشير إليها ، فإنها ، حتى فى حالتها

(١) تراجع ترجمة كتاب الخلافة ، ص ٧٨ وما بعدها - مقابل ص ١٣ وما بعدها فى الأصل الفرنسى .

الراهنة ، تصلح مصدرا خصبا يستمد منه المشرع المصرى كثيرا من المبادىء القانونية فى تقنينه الجديد .

وما لنا نذهب بعيدا . ألم يأخذ المشرع المصرى فعلا بكثير من أحكام الشريعة الاسلامية فى تشريعنا الحاضر . وهذه محاكمنا الأهلية والمختلطة - دع المحاكم الشرعية - تطبق كل يوم هذه الأحكام فى الوقف والشفعة والأهلية وغيرها من المسائل المتغلغلة فى صميم المعاملات المدنية . ألم تطبق هذه الأحكام على المصريين والأجانب على السواء ، فلم يشعر أحد أنها دون أحكام القوانين الحديثة الراقية ؟ ألم تقنن أحكام الشريعة الاسلامية فى بعض الموضوعات ، كالشفعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، فلم يضق التقنين بها ، بل جعلها تبرز فى حلة لم ينكر معها أحد على الشريعة صلاحيتها للتقنين والتطبيق ؟

لماذا نتردد إذن فى المضى فى هذا الطريق ، وقد سار فيه مشرعنا ، منذ خمسين عاما ، شوطا بعيدا ، نتعقبه فيه هنا . فنذكر ما أخذه قانوننا بالفعل من الشريعة الاسلامية . ثم نبين بعد ذلك ما لا يزال ممكنا أن نأخذ به من مبادىء الشريعة فى تقنيننا الجديد .

ما أخذه القانون المدنى المصرى من الشريعة الاسلامية .

الأحوال الشخصية : لا نقتصر على الاشارة إلى أن نصف القانون المدنى ، وهو القسم المتعلق بالأحوال الشخصية تطبق فيه أحكام الشريعة الاسلامية ، ولا إلى أن هناك كثيرا من المسائل التى تتقاسمها الأحوال الشخصية والمعاملات ، كالهبة والوقف والحكر ، يرجع فيها إلى أحكام هذه الشريعة . ولكن نريد أن نبين أن المشرع المصرى لم يغفل الشريعة الاسلامية حتى فى القسم الخاص بالمعاملات المحضة .

المعاملات : أخذ مشرعنا ، فى القانونين الأهلى والمختلط ، عن الشريعة الاسلامية فى المعاملات بعضا من نظمها الرئيسية كالشفعة ، وبعضا من أحكامها التفصيلية مما سنشير إليه فيما يلى . وهذه الأحكام تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية على المسلمين وغير المسلمين ، والمصريين وغير المصريين . وقد أثبتت التجارب صلاحيتها للتطبيق على غير المسلم .

ولم يكن لمشرعنا خطة منطقية ظاهرة فى الأخذ ببعض أحكام الشريعة الاسلامية . والظاهر أنه لم يضع لنفسه خطة ما . بل التقط بعض أحكام هذه الشريعة ، ووضعها فى أماكن متفرقة من التقنين ، أهمها حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية وعقد البيع والايجار . وقد دفعه إلى ذلك أسباب مختلفة .

الأسباب التى حملت المشرع المصرى على الأخذ من الشريعة الاسلامية : فهو تارة يحترم عادات البلاد وتقاليدها ، خصوصا فى الحقوق العينية وفى العقود كثيرة الذيوع ، كما فعل فى حقوق الارتفاق وفى اكتساب حق الملكية بالشفعة وفى جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ، وكما فعل فى بعض أحكام البيع والايجار .

وهو طورا يتأثر فى الحكم الذى ينقله بصلته الوثيقة بقانون الأحوال الشخصية ، كما فى بيع المريض مرض الموت ، فقد أنزله على حكم الوصية .

وهو ثالثة يخضع فى إيراد الحكم للمنطق القانونى الصحيح . فيعدل عن قاعدة فى القانون الفرنسى إلى أخرى مختلفة عنها فى الشريعة الاسلامية ، لأن هذه أكثر تمشيا مع القواعد العامة . كما فعل فى تحميل هلاك الشىء المبيع المعين قبل التسليم للبائع لا للمشترى .

وهو رابعة ينقل الحكم من الشريعة الاسلامية ، حتى لا يتورط فى نقل مبادىء القانون الفرنسى إلى بلد لم تألفها ، كما فعل فى اشتراط قبول المدين لحوالة الحق فى القانون الأهلى دون المختلط .

كيف اتصل المشرع المصرى بمصادر الشريعة الاسلامية : أما كيف اتصل مشرعنا بالشريعة الاسلامية ، فذلك ما ليس بجلى فى تاريخ وضع تقنيناتنا . والظاهر أن اتصاله بها كان محدودا . ولم يكن ما نورى ولا موريوندو بالمتصلين اتصالا خاصا بهذه الشريعة . ولو أنهما كانا يعرفانها معرفة كافية ، لكان من المحتمل أن يستفيدا منها أكثر مما فعلا . وقد كانا ، قبل أن يعهد إليهما بوضع التقنين المصرى ، محاميين يمارسان مهنتهما فى مصر . فمن المحتمل أنهما اتصلا بالشريعة الاسلامية أثناء ممارستهما للمحاماة وبحكم اقامتهما فى مصر ، فإن كثيرا من الأقضية

بين المصريين والأجانب كان يحتاج فيها إلى معرفة أحكام الشريعة الاسلامية . ثم انهما ، بعد أن عهد إليهما بوضع التقنين ، كان لا بد لهما من التعرف ببعض أحكام هذه الشريعة التى كانت قانون البلد فى ذلك العصر . ولا نزال نجهل إلى أى مصدر لجئالمعرفة هذه الأحكام . قد يكون الأمر مقصورا على انهما اتصلا ببعض فقهاء الشريعة الاسلامية الرسميين وبعض علماء الأزهر الشريف ، وقد قدمنا أن موريوندو كان يستعين بالأستاذ البحراوى مفتى نظارة الحقانية فى ذلك الوقت . وقد يكونان ذهبا مباشرة إلى مصادر الشريعة الاسلامية فى كتبها المؤلفة أو المترجمة ، وان كان ذلك بعيد الاحتمال . وقد يكونان استعانا بالمجلة العثمانية ، وقد قننت فيها أحكام الشريعة الاسلامية ، وكان ظهورها حديثا فى ذلك العصر (سنة ١٨٦٩) . أما كتب المرحوم قدرى باشا فلم تكن قد ظهرت بعد ، وإن كان من الممكن أن يكون قد استعين بقدرى باشا نفسه ، وكان ناظرا للحقانية فى سنة ١٨٨١ .

ومهما يكن من الأمر ، فإن الثابت شيئان : الأول أن مانورى هو الذى بدأ الأخذ بالشريعة الاسلامية فى بعض أحكامها فى التقنين المختلط الذى وضعه . وقد قلده موريوندو فيما أخذه ، وقلما حاد عنه فى ذلك ، فما عدا بعض مسائل تفصيلية (كحذف بيع المحصول المستقبل ، وكاضافة وجوب رضاء المحال عليه فى حوالة الحق) فإن نصيب التقنين الأهلى من الشريعة الاسلامية هو نفس نصيب التقنين المختلط . والشىء الثانى أن كلا من مانورى وموريوندو كانا محدودى العلم بأحكام الشريعة الاسلامية ، إلى حد أنهما كانا يخطئان فى نقلها فى بعض الأحوال ، كما فعلا فى بيع المريض مرض الموت .

تفصيل ما اخذه المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية : والآن نذكر الأحكام التى استمدها المشرع المصرى من الشريعة الاسلامية ، وهى متصلة بالموضوعات الآتية : حقوق الارتفاق وأسباب اكتساب الملكية والبيع والحوالة والايجار والكفالة .

حقوق الارتفاق :

(١) نقل المشرع المصرى الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل عن الشريعة الاسلامية . فليس فى القانون الفرنسى إلانص واحد مقتضب فى هذا الموضوع ،

هو المادة ٦٦٤ . أما القانون المصرى ، فعلى ايجازه قد تضمن أربع مواد (٣٤/٥٥ - ٣٧/٥٨) ، إذا قوبلت بأحكام الشريعة الاسلامية (انظر م ٦٤ - ٦٨ من كتاب مرشد الحيران) امكن أن نلاحظ التشابه الكبير بينها .

(٢) وفى الحائط المشترك أورد المشرع المصرى نصا (م ٣٨/٥٩ - ٦٠) يختلف فى الحكم عن نص القانون الفرنسى (م ٦٥٤) ، ويتفق مع حكم الشريعة الاسلامية (أنظر م ٦٩ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) وقد أورد المشرع المصرى فى أول نص تكلم فيه على حقوق الارتفاق (م ٣٠/٥١) حكما يقضى بالرجوع إلى عرف البلد ، وعرف البلد هنا هو الشريعة الاسلامية ، وقد فسرته المحاكم بذلك .

اسباب اكتساب الملكية :

(٤) وفى أسباب اكتساب الملكية أخذ المشرع المصرى بسبب منها ، لا يعرفه القانون الفرنسى ، وهو الشفعة . وقد استمد أحكامها من الشريعة الاسلامية ، ثم صدر قانون معدل لهذه الأحكام (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للمحاكم الأهلية) . ولكنه لم يعد مبادىء الشريعة الاسلامية ، كالتقنين الذى سبقه .

(٥) وفى التقادم خالف المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تحديد مدته الطويلة ، فجعلها خمس عشرة سنة بدلا من ثلاثين ، متفقا فى هذا مع الشريعة الاسلامية . وأنقص المدة القصيرة تبعا لذلك إلى خمس سنوات . وفى الوقف والميراث تأخذ المحاكم بمدة التقادم فى الشريعة الاسلامية وهى ثلاث وثلاثون سنة . على أن هناك فرقا بين تقادم الشريعة الاسلامية وتقادم القانون المصرى المأخوذ من القانون الفرنسى ، فى أن التقادم الأول مقصور على منع سماع الدعوى ، أما التقادم الآخر فوسيلة لكسب أو اسقاط الحق ذاته .

البيع : وقد أخذ المشرع المصرى فى البيع أحكاما كثيرة عن الشريعة الاسلامية :

(٦) فأخذ بخيار الرؤية ، ونقل أحكام هذا الخيار عن الشريعة الاسلامية ، فى النصوص التى وضعها لذلك (م ٢٥٠ - ٢٥٣/٣١٦ - ٣١٨) .

(٧) وأخذ بحكم الشريعة الاسلامية فى بيع المريض مرض الموت، وجعل هذا البيع فى حكم الوصية (م ٢٥٤ - ٢٥٦/٣٢٠ - ٣٢٣).

(٨) وأخذ القانون المختلط، دون القانون الأهلى، بحكم الشريعة الاسلامية فى تحريم بيع المحصولات المستقلة (انظر م ٣٣٠ - ٣٣١).

(٩) وكذلك أخذ القانون المختلط بسقوط حق البائع فى حبس الشيء المبيع إذا حول بالثمن على المشترى. فنصت المادة ٣٥٢ مختلط على أنه ليس للبائع ان يمتنع من التسليم إذا حول على المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه. ولا مقابل لهذا النص فى القانون الأهلى، ولا فى القانون الفرنسى. وحكم النص متفق مع حكم الشريعة الاسلامية، وقد أورد صاحب كتاب مرشد الحيران هذا الحكم كما يأتى: م ٤٥٦: إذا أحال البائع أحدا على المشترى بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا، أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله، وقبل المشترى الحوالة، سقط حق البائع فى حبس المبيع. ثم كمل هذا الحكم بما ورد فى المادة ٥١١ من كتاب مرشد الحيران، ونصها ما يأتى: «إذا أحال البائع بالثمن على المشترى، فدفعه إلى المحال، ثم استحق المبيع بالبينة، يرجع المشترى بالثمن على البائع لا على المحتال».

(١٠) وأهم حكم فى البيع أخذه المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية هو حكم هلاك الشيء المبيع قبل التسليم إذا كان معينا، فإنه يهلك على البائع طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية، وقد نقل القانون المصرى هذا الحكم عنها (م ٢٩٧/٣٧١)، دون القانون الفرنسى الذى يجعل الهلاك على المالك وهو المشترى (م ١١٣٨ فرنسى). وحكم الشريعة الاسلامية اكثر تمشيا مع القواعد العامة، فإنه متى ثبت أن البائع لا يستطيع تسليم الشيء المبيع لهلاكه فى يده، فقد عجز عن القيام بأحد التزاماته وهو الالتزام بالتسليم، وامكن المشترى أن يفسخ البيع، وأن يسترد الثمن إذا كان قد دفعه، فيتحمل البائع تبعة الهلاك.

(١١) وفى ضمان العيب الخفى، أخذ المشرع المصرى بحكم الشريعة الاسلامية فى حالة بيع جملة أشياء معينة، ظهر ببعضها عيب قبل التسليم أو بعده، فنص على فسخ البيع فى كل المبيع إذا ظهر العيب قبل التسليم

(م ٣١٦/ ٣٩٠) ، وعلى فسخه فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر ، إذا ظهر العيب بعد التسليم (م ٣١٧/ ٣٩١ - ٣٩٢) . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (م ٥٣٣ و م ٥٣٤ من كتاب مرشد الحيران) ، ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

كذلك إذا حدث بالبيع عيب جديد إلى جانب العيب القديم ، فقد أورد القانون المختلط (م ٣٩٩ و م ٤٠١) ، دون القانون الأهلى ، حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٥٣٧ و ٥٣٨ من كتاب مرشد الحيران) . وليس فى القانون الفرنسى مقابل لذلك .

ونقل المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية طريقة انقاص الثمن فى الأحوال التى يجوز فيها للمشترى طلب ذلك ، رجوعابضمان العيب الخفى . فيكون بإعتبار قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمته معيبا وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه (م ٣١٩/ ٣٩٤) . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية ، إذ يقوم المبيع سالما ، ثم يقوم معيبا . وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك بالنسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان (م ٥٣٩ مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى ، فلا يفصل طريقا لانقاص الثمن ، بل يكل الأمر فى ذلك لأهل الخبرة (م ١٦٤٤ فرنسى) .

(١٢) وفى الغبن يأخذ المشرع المصرى عن الشريعة الاسلامية دون القانون الفرنسى . فلا يجيز الطعن فى البيع للغبن إلا إذا كان البائع قاصرا مغبونا فى أكثر من خمس قيمة العقار (م ٣٣٦/ ٤١٩) ، وهذا هو المقدار الذى تقدره الشريعة الاسلامية للغبن الفاحش ، وتقتصر دون البالغ (م ٣٠٠ و م ٥٤٦ من مرشد الحيران) . أما القانون الفرنسى فيعطى حق الطعن بالغبن للبالغ أيضا ، ويتطلب أن يكون مقدار الغبن زائدا على ١٢/٧ من قيمة الشيء المبيع (م ١٦٧٤ فرنسى) . على أن القانون المصرى يختلف عن الشريعة الاسلامية فى أنه يقصر دعوى الغبن على العقار دون المنقول ، ويعطى البائع الحق فى تكملة الثمن لا فى البطلان .

الحوالة :

(١٣) ويتطلب القانون الأهلى ، دون القانون المختلط ، رضاء المدين فى حوالة الحق (م ٣٤٩) ، جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك (م ٨٨٢ مرشد الحيران) .

الإيجار :

(١٤) وفى الايجار يلزم القانون المصرى المؤجر بتسليم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٤٥٢/٣٦٩) ، ولا يكلفه القيام بعمل أى مرمة (م ٤٥٣/٣٧٠) ، متفقا فى هذا مع حكم الشريعة الاسلامية (م ٦٤٢ و م ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران) ، ومختلفا مع حكم القانون الفرنسى ، الذى يوجب تسليم العين فى حالة حسنة من الترميم ويلزم المؤجر باجراء الترميمات اللازمة (م ١٧٢٠ فرنسى) .

(١٥) ونقل المشرع المصرى حكم غرس الأشجار فى الأرض المؤجرة (م ٣٩٤ - ٣٩٥/٤٨١ - ٤٨٢) من الشريعة الاسلامية (م ٦٧٧ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لذلك فى القانون الفرنسى . ولم تفرق الشريعة الاسلامية ، دون مبرر لذلك ، بين الأشجار والبناء ، كما فعل القانون المصرى .

الكفالة :

(١٦) ونقل المشرع المصرى حكم كفالة النفس (م ٥٠٨/٦٢٠ - ٦٢١) عن الشريعة الاسلامية (م ٨٤٨ - ٨٥١ من كتاب مرشد الحيران) . ولا مقابل لهذه النصوص فى القانون الفرنسى .

ما يمكن اخذه من الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين المدنى .

اسلوب منطقى للاقتباس من احكام الشريعة الاسلامية : على أن ما يمكن أخذه من مبادىء الشريعة الاسلامية ، مما يتمشى مع أرقى وأحدث المبادىء القانونية ، هو أجل شأنا واكبر خطرا مما أخذه مشرعنا المصرى .

ونرسم أولا اسلوباً منطقيا نجرى عليه فى الاقباس من أحكام الشريعة الاسلامية عند مراجعة التقنين . وعندنا أن الشريعة الاسلامية يفيد الرجوع إليها فى شيئين : (أولا) فى ترقية مبادىء القانون المصرى ، (ثانيا) فى سد وجوه النقص فيه .

أما ترقية مبادىء التشريع فذلك يكون على وجهين : (١) من طريق النظريات العامة التى تتمشى على جميع نواحى القانون . فهناك من هذه النظريات ما نجده فى الشريعة الاسلاميةمتفقا مع أحدث النظريات التى تقررها القوانين الحديثة . فمثل هذه النظريات يجب ألا نتردد فى الأخذ به ، لا لأنه مقرر فى القوانين الحديثة ، فهذا وحده لا يكفى ، إذ قد تقرر هذه القوانين نظريات صالحة للبلاد التى نبتت فيها ، ولكنها لا تصلح لنا . وإنما نأخذه لأن الشريعة الاسلامية وهى شريعة البلاد فى الماضى ولا تزال جزءا من شريعته فى الحاضر ، قد أخذت بهذه المبادىء ، فهى إذن مبادىء تتفق مع تقليدنا القانونية . (٢) هناك مبادىء قانونية أقل شيوعا من النظريات المتقدمة . وهى مبادىء أخذت فى الظهور فى بعض القوانين الحديثة . ولاتزال محلا للنظر والمقنن المصرى سيقف أمامها فى شىء من الحيرة ، أيأخذ بها أم يدعها . فيستطيع أن يستعين بالشريعة الاسلامية ، ليبت فى موقفه منها . فإن كان لها أصل فى الشريعة كان هذا مرجحا للأخذ بها فى التقنين المصرى .

أما سد وجوه النقص فى التشريع المصرى فذلك يكون أيضا على وجهين : (١) هناك أحكام تنقض تشريعنا ، ولا يزال مكانها شاغرا لم يملأه القضاء ، ونحسن كثيرا لو ملأنا هذا المكان بأحكام الشريعة الاسلامية ، مما يكون أقرب لتقاليدنا ، وهو بعد متفق مع المبادىء القانونية الحديثة ، بل قد يكون أرقى منها . (٢) ثم ان هناك وجوه نقص فى التشريع المصرى ، قد سدها القضاء بأحكامه . وقد اتفق القضاء فى هذه المسائل مع ما قررته الشريعة الاسلامية فيها من الأحكام . فنسجل فى تقنيننا الجديد هذه الأحكام ، مستندين فيها إلى القضاء وإلى الشريعة الاسلامية .

ونحن نقتصر هنا على إيراد بعض الأمثلة لكل من الوجوه الأربعة المتقدمة . ولا نحاول الحصر فى اى وجه منها ، فذلك مما يضيق به نطاق هذا البحث .

نظريات عامة تتمشى على جميع نواحي القانون : نقتصر هنا على بيان النزعة المادية المتغلبة فى الشريعة الاسلامية، والتى يمكن أن نستفيد منها عند مراجعة التقنين المدنى، ونظرية سوء استعمال الحق المعروفة.

(١) **النزعة المادية فى الشريعة الاسلامية** : يمكن تقسيم الشرائع إلى قوانين تتغلب فيها النزعة الشخصية أو النفسية، وهذه هى الشرائع اللاتينية بوجه عام. وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية، وهى الشرائع الجرمانية والشريعة الانجليزية.

وتختلف هذه الشرائع بعضها عن البعض الآخر فى نظرتها إلى النظم القانونية. فالشرائع الشخصية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادى. وتنظر إلى العقد نظرة شخصية، فتعتبر الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية. وإذا وضعت معايير فهى معايير نفسية تعتبر فيها النية الباطنة، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس فى التعامل. وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك. والنزعة المادية فى القانون دليل على تقدمه وحرصه على ثبات المعاملات واستقرارها.

فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية، فهذه النزعة مادية. وإذا كانت العبرة فى هذه الشريعة بالمعنى دون الألفاظ، إلا أن المعانى التى نقف عندها هى التى تستخلص من الألفاظ. فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة. ومن هنا تدقق الفقهاء، فى كثير من المواطن، فى تحديد معانى الألفاظ التى تصدر من الشخص، ويرتبون على اختلافها اختلافا فى الحكم. وهم فى ذلك ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ، كما يتوهم البعض، بل هم يتلمسون من وراء هذا أن يقفوا عند الإرادة الظاهرة، التى يدل عليها اللفظ المستعمل، حفظا لثبات المعاملات واستقرارها. ولا يجرون وراء النيات المستترة والضمائر الخفية، مما لا يمكن معه ضبط التعامل. كذلك نجد معايير الشريعة الاسلامية معايير مادية تنزل عند المألوف المتعارف بين الناس. وسيتبين ذلك بشىء من الوضوح فى بعض النظريات التى نستعرضها فيما يلى.

ولا شك فى أن تقنيننا المدنى يكسب كثيرا لو أخذ شيئا من هذه النزعة المادية يمزج بها النزعة الشخصية المتغلغلة فيه من طريق القانون الفرنسى ، فتتزن نصوصه ، وتنضبط أحكامه .

(٢) **نظرية سوء استعمال الحق** : سبق أن أشرنا إلى بعض نصوص فى التقنينات الحديثة تقرر نظرية سوء استعمال الحق . وذكرنا أنه يجدر بالمشرع المصرى أن يختار نصا يقرر به هذه النظرية الخطيرة فى التقنين الجديد .

فإذا رجعنا إلى الشريعة الاسلامية ، رأيناها تقرر نظرية سوء استعمال الحق فى أوسع مدى ، ورأينا هذه النظرية أكثر تقدما فى الشريعة الاسلامية منها فى كثير من القوانين الغربية . فهى لا تقتصر على المعيار الشخصى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل تضم إليه معيارا ماديا ، وتقيد كل حق بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من أجله . فيحسن أن يستند المشرع المصرى ، فى أخذه بهذه النظرية ، إلى الشريعة الاسلامية ، ويتبع المعيار الذى أخذت به .

وهناك تطبيقات تفصيلية كثيرة لهذه النظرية فى الشريعة الاسلامية ، جديرة بأن يسجلها المشرع المصرى فى نصوص تشريعية فى تقنينه الجديد . نكتفى منها بذكر مثلين : (١) **حقوق الجوار** : وهى من أهم تطبيقات النظرية . والحق الذى يساء استعماله هنا هو حق الملكية ، يستعمله الجار فيسيء استعماله ويضر جاره . وليس فى التقنين المصرى الحالى نص على ذلك . أما القضاء فقد أخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الخطيرة ، وقرر صراحة أنه يأخذ بهذه الأحكام . ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران :

م ٥٧ : للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا .

م ٥٩ : الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصود من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش .

م ٦٠ : يزال الضرر الفاحش، سواء كان قديما أو حديثا .

م ٦١ : سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر .

م ٦٢ : رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، إما بسد الشباك أو ببناء ساتر . فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده .

م ٦٣ : إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .

وهذه الأحكام تتفق مع ارقى ما قررته القوانين الحديثة من المبادىء فى حقوق الجوار[١] .

(ب) التنفيذ على اموال المدين : توجد نصوص فى القانون الفرنسى ، تلزم الدائن الرفق بمدينه عند التنفيذ على أمواله ، فيبدأ ، إذا كان المدين قاصرا ، بالتنفيذ على المنقول ثم على العقار (م ٢٢٠٦ فرنسى) . ولا ينفذ على نصيب شائع مملوك للمدين ، قاصرا كان أو غير قاصرا ، قبل افراز هذا النصيب (م ٢٢٠٥ فرنسى) . ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على عقار غير مرهون ، إلا إذا كان العقار المرهون غير كاف للوفاء بدينه (م ٢٢٠٩ فرنسى) . وإذا أثبت المدين أن ريع عقاراته الصافى مدة سنة كاف لوفاء دينه ، وتنازل عن هذا الريع للدائن ، أوقف القاضى اجراءات التنفيذ التى اتخذها الدائن (م ٢٢١٢ فرنسى) .

---

(١) قارن ما وضعه الأستاذ والتون من النصوص فى هذا الموضوع فى مقاله الذى سبقت الاشارة إليه (مجلة مصر العصرية سنة ١٩١٦ مجلد ٧ ص ١٩٢ - ص ١٩٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المصرى . إلا أن الواجب الرفق بالمدين فلا يتعسف الدائن فى التنفيذ ، وإلا كان مسيئا لاستعمال هذا الحق . وهذا هو المبدأ الذى قررته الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ١٦٤ من كتاب مرشد الحيران ما يأتى : « إذا كان المالك مديونا دينا ثابتا عليه شرعا ، يجوز نزع ملكه الزائد عن حوائجه الضرورية المحتاج إليها فى الحال ، ومنها مسكنه الضرورى ، إذا لم يكن له مال من جنس ما عليه من الدين الشرعى . ويباع قضاء ، إذا امتنع عن بيعه بنفسه لقضاء دينه من ثمنه . **ويبدأ فى البيع بالأيسر فالأيسر بقدر الدين** » .

وما أولى بمشرعنا أن يقتبس من هذا النص ما يكفل به الرافة بالمدين . فيكون متفقا فى ذلك مع مبادىء القانون الحديثة ، فضلا عن استناده إلى الشريعة الاسلامية .

مبادىء قانونية لا تزال محلا للنظر : **نذكر من هذه المبادىء ، على سبيل التمثيل ، مسئولية عديم التمييز ، ونظرية تحمل التبعة ، وحوالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة .**

(١) مسئولية عديم التمييز : تبنى الشرائع اللاتينية المسئولية **التقصيرية على أساس نفسى هو الخطأ . وينبنى على ذلك أن الصبى غير المميز والمجنون ، وغيرهما ممن عدم التمييز وفقد الارادة التى يعتد بها القانون ، لا يكونون مسئولين مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ لا يتصور صدوره منهم . ومن هنا تقرر فى القانون الفرنسى ، وفى القانون المصرى تبعا له ، أن عديم التمييز لا يكون مسئولا عما يصدر عنه من الأعمال الضارة ، وإنما المسئول هو من كان هذا الشخص تحت رعايته .**

أما القوانين الحديثة ، لا سيما القوانين الجرمانية ، فقد عدلت عن هذا الأساس النفسى فى المسئولية عن العمل الضار . وأوجبت مسئولية عديم التمييز إلى قدر محدود . وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية . وإذا كان مفهوما ألا يعاقب شخص إلا إذا توافرت عنده الارادة ، لأن هذه الارادة هى التى تبرر المسئولية الجنائية ، فليس بمفهوم أن

شخصا ، يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، لا يعوض هذا الضرر ، بدعوى أن الارادة تنقصه ، إذ الروابط المدنية إنما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص. فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وأن تبنى المسئولية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ .

وقد قضى القانون الألمانى فى المادة ٨٢٩ بأن عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى أحدثه للغير ، إذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسئول عنه ، وبشرط الا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه. وقضى قانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٤ بأنه يجوز للقاضى ، إذا اقتضت العدالة ذلك ، أن يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى أحدثه ، كله أو بعضه . ويجيز المشروع الفرنسى الايطالى فى المادة ٧٦ للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز ، عن الضرر الذى يصيب به الغير . وقضى قانون السوفييت المدنى (م ٤٠٦) بأنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وكذلك قضى المشروع البولونى فى المادة ٢٩ بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف .

كل هذه نصوص تقرر مسئولية عديم التمييز فى شىء من التحفظ . فما عسى أن يكون موقف مشرعنا من هذه المسألة ؟ أيبقى على المذهب النفسى اللاتينى الذى انتقل إليه من القانون الفرنسى ، أم يعدل عن هذا المذهب ويأخذ بالمعيار المادى الذى أخذت به القوانين الجرمانية والقوانين الحديثة بوجه عام ؟

نستفتى فى ذلك الشريعة الاسلامية . فنراها تأخذ بالمعيار المادى دون تحفظ . ونجدها تقرر أن الصبى إذا أتلف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، ولو كان غير مميز . لأنه ، وإن كان محجورا فى الأصل ، حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، إلا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله . وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . حتى ان طفلا ، يوم ولد ، لو انقلب على مال انسان فأتلفه ، يلزمه الضمان . وكذا المجنون الذى لا يفيق ، إذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان (شرح المجلة ص ٥٢٤ نقلا عن الهندية) .

هذه هى أحكام الشريعة الاسلامية ، تجعلنا نرجح الأخذ بالمذهب المادى ، وهو مذهب القوانين الحديثة .

(٢) **نظرية تحمل التبعة** : ويتصل بما تقدم نظرية تحمل التبعة . فقد تمشى المعيار المادى فى المسئولية التقصيرية إلى حد أن قال قوم بحذف فكرة الخطأ بتاتا من هذه المسئولية ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى ، الذى يستفيد منه ، فى احداث ضرر ، وجب أن يتحمل غرم هذا النشاط كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . هذه هى نظرية تحمل التبعة . وقد بدأت تسود فى الفقه الحديث . وأخذت بها بعض التشريعات فى أحوال معينة ، أخصها حوادث العمل وحوادث النقل .

أما القانون المصرى فهو بمعزل عن هذا . وقد قدمنا أن المسئولية فيه مبنية على خطأ ثابت . والمحاكم المصرية لا تأخذ حتى بالخطأ المفترض الذى أخذت به المحاكم الفرنسية ، إلا فى بعض أحكام قليلة سبقت الاشارة إليها . وأشد ما نشكو منه فى مصر هى حوادث النقل . فإن وسائل النقل أصبحت قوية عنيفة ، لها ضحايا كثيرون ، لا يستطيعون أن ينالوا تعويضا إلا إذا أثبتوا خطأ فى جانب من تسبب فى اصابتهم ، وقلما يتمكنون من ذلك .

فما عسى أن يكون موقف المشرع المصرى فى هذا الأمر عند مراجعة التقنين ؟ هل يجارى قضاء بعض المحاكم المصرية فيأخذ بنظرية تحمل التبعة فى حوادث النقل ، ويتمشى فى ذلك مع التشريعات الحديثة . أنه إن فعل وجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية . فمن أحكامها أن الاتلاف المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى . فإذا زلق أحد وسقط ، فأتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما منه ، لأن الاتلاف هنا حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو أن دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها وأتلفته ، يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة ، فيضمن فى كل حال (أى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطيارات ونحوها ، وهذا ما استحدثته المدينة الحاضرة ،

خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعية فى حوادث النقل .

(٣) حوالة الدين : من المقرر فى القوانين اللاتينية ، وفى القانون المصرى تبعا لها ، أن الحق الشخصى تجوز حوالته حقا ، ولا يجوز حوالته دينا ، فيصح أن ينقل الدائن حقه إلى دائن آخر ، ولكن لا يصح أن ينقل المدين دينه إلى مدين يحل محله ، فإذا أريد نقل الدين وجب أن يكون ذلك بطريق تجديده ، والتجديد غير الحوالة .

وقد كان هذا الموقف الشاذ محلا للنقد ، إذ نحن بين أن نعتبر الالتزام علاقة شخصية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب الشخصى ، فلا نجيز حوالة الحق كما لم نجز حوالة الدين ، وبين أن نعتبره قيمة مالية ، ونأخذ فى ذلك بالمذهب المادى ، فنجيز حوالة الدين كما أجزنا حوالة الحق . أما أن نجيز حوالة الحق ولا نجيز حوالة الدين ، فهذا غير مفهوم . ولا يعترض على حوالة الدين بأن تغيير المدين قد يضر بالدائن ، لأننا نشترط رضاء الدائن ، فإذا أحس ضررا يصيبه من الحوالة ، فما عليه إلا أن يرفضها .

وقد قررت القوانين الحديثة التى أخذت بالمذهب المادى فى الالتزام جواز حوالة الدين . بل وجد من كبار الفقهاء الفرنسيين من يجيزها فى التشريع الفرنسى الحالى ، إذ لا يصطدم ذلك مع القواعد العامة التى يقررها ذلك التشريع[١] .

فإذا أراد المشرع المصرى أن يكون موقفه فى هذه المسألة منطقيا ، وأن يتمشى فى الوقت ذاته مع ما يقتضيه التعامل من سهولة انتقال المال ، عينا كان أو دينا ، وجب أن يقرر جواز حوالة الدين ، ويجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية ، فهى تقرر ذلك ، وتقف فيه إلى جانب القوانين ذات النزعة المادية . فيجوز أن يتفق كل من الدائن والمدين والغير (سواء كان هذا الغير مدينا للمدين أو غير مدين له طبقا للمذهب الحنفى) على أن

---

(١) سالى فى الالتزامات القانون الألمانى طبعة ثالثة سنة ١٩٢٥ م ٨٣ ص ٧٤ هامش نمرة ٣ .

ينتقل الدين إلى الغير ، فيحل فيه محل المدين الأصلى . ويتحول الدين على المحتال عليه بصفته التى على المحيل (م ٨٩٦ مرشد الحيران)[١].

(٤) نظرية الظروف الطارئة : هذه نظرية حديثة أخذ بها القضاء الادارى فى فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة . فعنده أن تنفيذ الالتزام إذا أصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يكن يتوقعها ، ولم يكن يستطيع مهما كان بصيرا بالأمور أن يحسب لها حسابا وقت التعاقد ، جاز له أن يطلب تخفيف إلتزامه . فالتزام المدين لم ينقض إذن بالقوة القاهرة ، لأن تنفيذه لا يزال ممكنا ، وإنما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وقد أخذ القضاء الادارى فى فرنسا بهذه النظرية ، على اثر ما أحدثته الحرب الكبرى من الاضطراب فى العلاقات الاقتصادية . واكثر ما يطبقها فى العقود المستمرة ، التى يستغرق تنفيذها وقتا طويلا ، قد تتغير فى غضونه الأحوال ، وتطرأ ظروف تخل بالتوازن الاقتصادى فى التعاقد .

اما القضاء المدنى فى فرنسا فلم يجار القضاء الادارى ، لتقيده بنصوص مكتوبة ، لا يتقيد بها القضاء الادارى . كذلك فى مصر قضت محكمة النقض بعدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة .

على أن هذه النظرية عادلة . ويمكن المشرع المصرى فى تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية ، وهى نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ولها تطبيقات كثيرة سنذكر منها فيما يلى نظرية العذر فى فسخ الايجار . وقد اصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية فى الشريعة الاسلامية ، وهى تماشى أحدث النظريات القانونية فى هذا الموضوع ، كما لاحظ ذلك الأستاذ لامبر (Lambert) فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاى فى سنة ١٩٣٢ ، حيث قال : « تعبر نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ، اشد ما تكون جزما وشمولا ، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة ، وفى القضاء الادارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى القضاء

---

(١) انظر ايضا بحثا قيما فى هذا الموضوع للأستاذين شيرون ومحمد صادق فهمى بك ، منشورا فى مجلة مصر العصرية مجلد ٢٢ ص ٣٧ ـ ص ١٣٧ ـ ص ١٩٠ .

الانجليزى فيما ادخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب، وفى القضاء الدستورى الأمريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة»[١].

وجوه نقص لم يسدها القضاء : نذكر من هذه هلاك الزرع فى الأرض المؤجرة، وانقضاء الايجار بموت المستأجر، وانقضاءه بالعذر، والابراء من الدين.

(١) هلاك الزرع فى العين المؤجرة : ينص القانون الفرنسى على **أن المؤجر ضامن لهلاك الزرع بقوة قاهرة بعد نباته، وللمستأجر أن يطلب انقاص الأجر بنسبة ما هلك من الزرع (م ١٧٦٩ - ١٧٧٣ فرنسى). وفى قانون الالتزامات السويسرى نص (م ٢٨٧) أكثر مرونة من نصوص القانون الفرنسى يقضى بأن لمستأجر الأرض الزراعية الحق فى طلب انقاص الأجرة انقاصا نسبيا إذا نقص ريع الأرض المعتاد نقصا محسوسا بسبب وقوع حوادث أو كوارث غير معتادة. أما القانون المصرى فقد كان قاسيا على المستأجر، فهو لا يجيز له أن يطلب انقاص الأجرة إذا هلك الزرع بحادثة جبرية (م ٣٩٢/٤٧٩)، وعلى هذا الحكم سار القضاء.**

وأولى بمشرعنا أن يعدل عن موقفه هذا، فيوجب الضمان على المؤجر إذا هلك الزرع. ويكون فى هذا متفقا، لا مع القوانين الغربية فحسب، بل مع الشريعة الاسلامية أيضا. فقد نصت المادة ٦٧٥ من كتاب مرشد الحيران على انه إذا زرع المستأجر الأرض، فأصاب الزرع آفة فهلك، وجب عليه من الأجرة حصة ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع، وسقط حصة ما بقى من المدة ايضا. ونلاحظ أن هذا الحكم يقضى بأن يكون انقاص الأجرة بنسبة المدة التى لم ينتفع فيها المستأجر بالعين، لا بنسبة ما هلك من الزرع. وهذا هو المذهب الحنفى. أما مالك فذهب

---

(١) انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الافرنجى ص ٣٠٢ - ٣٠٣ - وقد ورد فى كتاب الاشباه والنظائر كثير من المبادىء الفقهية التى تسود فيها فكرة الضرورة. مثل ذلك قولهم: المشقة تجلب التيسير. لا ضرر ولا ضرار. الضرر يزال. الضرورات تبيح المحظورات. الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. الضرر يدفع بقدر الامكان. الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ. الخ.

إلى أبعد من ذلك ، وقضى بسقوط الأجرة حتى عما مضى من المدة قبل هلاك الزرع[١].

(٢) انقضاء الايجار بموت المستاجر : يقضى القانون المصرى بعدم انقضاء الايجار بموت المستأجر ، ما لم يكن الايجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفته أو مهارته الشخصية (م ٣٩١/٤٧٨). وهذا حكم غير عادل ، أخذه المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى. ارأيت لو أن موظفا ذا مرتب كبير كان يسكن دارا يدفع فيها أجرة عاليه ، ثم مات وترك عياله ، وقد انقطع عنهم مرتب ابيهم ، واستبدلوا به معاشا قد يكون ضئيلا ، ايلتزمون بالبقاء فى الدار مدة الايجار ، يدفعون هذه الأجرة العالية من تركة ابيهم ، وهم أحوج إلى استبقاء التركة من السكنى فى دار فخمة ، اصبحت لا تتناسب مع حالتهم الجديدة؟ الحق ان حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة أعدل ، فهو يقضى بإنتهاء الايجار بموت المستأجر . والأولى بالمشرع المصرى أن يستند إلى هذا الحكم ليعطى ورثة المستأجر الخيار ، بعد موت مورثهم ، بين البقاء فى العين المؤجرة او الخروج منها حتى قبل انتهاء مدة الايجار . وقد فعل ذلك القانون الألمانى (م ٥٦٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٢٧٠ و ٢٩٧) والمشروع الفرنسى الايطالى (م ٤٤٠) ، مما يدل على أن مبدأ الشريعة الاسلامية هو اكثر اتفاقا مع المبدأ الذى سارت عليه القوانين الحديثة .

(٣) انقضاء الايجار بالعذر : هذا مبدأ قرره المذهب الحنفى فى الشريعة الاسلامية ، وهو احد تطبيقات نظرية الضرورة التى أسلفنا الاشارة إليها . ويتلخص فى أن عقد الايجار ينفسخ للعذر الطارىء . وذلك لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق

---

(١) انظر كتابا مخطوطا للأستاذ مخلوف فى مقارنة القانون الفرنسى بمذهب مالك ، وقد ورد فيه ما ياتى (ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) : «إذا تلف الزرع بآفة ، مما للأرض مدخل فيه ، فإن تلف بدون الأرض او فارها ، او بما ينتفع منها من الماء ، او بنحو حامول او قضاب وهالوك وعاتول أو عطش ، سقط كراء الأرض عن المكترى . والمدار فى السقوط على تلف الزرع بوجود ما ذكر فى المدة المستأجرة ، وإن تكن الأرض معتادة بذلك» .

العذر يلزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر اما أن يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ، ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ - الفتاوى الهندية ص ٤٥٩ - ص ٤٦٣) . وأما أن يرجع العذر للمستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الاجارة لغرض ، ولم يبق ذلك الغرض ، أو عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنقضى الاجارة من غير نقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الأكلة ، أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الاجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) .

وقد وضع الفقهاء للعذر معيارا مرنا ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله ، يثبت له حق الفسخ » . ويمكن أن نستخلص من الأحكام التفصيلية التى قررها الفقهاء فى هذه المسألة القواعد الآتية : (١) لا يصح الفسخ للعذر إذا كان العاقد الذى يطلب الفسخ يريد أن يحقق منفعة تفوته بدون الفسخ . (٢) ولا يصح كذلك الفسخ للعذر إذا طلب العاقد ذلك لدفع ضرر عنه لا يزيد على الضرر الذى ينجم من الفسخ . (٣) ويصح الفسخ للعذر إذا كان العاقد يدفع عنه بالفسخ ضررا جسيما يزيد على الضرر الذى ينجم عن الفسخ .

ونظرية فسخ الايجار للعذر جديرة بأن يأخذ بها المشرع المصرى . فهى من النظريات التى تشهد برقى الشريعة الاسلامية ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق فى مختلف الظروف . وهى تتفق فى هذا مع أحدث مبادىء القانون وأرقاها . فقد قضى قانون الالتزامات السويسرى (م ٢٩٦) بجواز فسخ الايجار قبل انتهاء مدته ، إذا جدت ظروف خطيرة ، تجعل المضى فى الايجار مما لا يمكن احتماله .

وهذا المبدأ إنما هو فى الواقع تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة فى عقد الايجار .

(٤) **الابراء** : يعتبر الابراء فى قانوننا ، تبعا للقانون الفرنسى ، اتفاقا لا يتم إلا بتوافق ارادتين . أما فى الشريعة الاسلامية فالابراء يتم بارادة واحدة تصدر من الدائن . وقد ورد فى المادة ٣٤٩ من مرشد الحيران أنه لا يتوقف الابراء على قبول المديون ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد .

ونحن نؤثر التكييف القانونى الذى اتبعته الشريعة الاسلامية على تكييف القانونين الفرنسى والمصرى لسببين ، أولهما منطقى والآخر عملى .

اما السبب الأول فهو أن الدائن الذى يبرىء ذمة المدين إنما يتنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن حق له ، وكان يجب أن يتم ذلك بارادته وحدها . وإذا كان التنازل عن الحق العينى يتم بالارادة المنفردة ، فلماذا لا يتم التنازل عن الحق الشخصى بالارادة المنفردة كذلك ؟ عللنا هذا فى كتابنا (الالتزامات ١ ص ٧) بما يأتى : «يتم التنازل عن الحق العينى بارادة منفردة ، لأن صاحب الحق ليست بينه وبين شخص بالذات علاقة مباشرة حتى يتفق معه على هذا التنازل . أما الحق الشخصى فالتنازل عنه لا يكون إلا باتفاق الدائن والمدين ، لأن الحق علاقة مباشرة فيما بينهما ، فلا تزول الا باتفاقهما» .

وهذا التعليل هو كل ما استطعنا أن نقوله فى تبرير هذا التمييز بين التنازل والابراء . وهو بعد لا يستند إلا إلى نظرة ضيقة للحق الشخصى ، على اعتبار انه علاقة شخصية ، لا قيمة مالية . وإلا فإننا إذا أخذنا بالمذهب المادى للالتزام ، واعتبرنا الحق الشخصى قيمة مالية كالحق العينى ، وجب أن يتم التنازل عن كل من الحقين بالارادة المنفردة . وهذا ما تقرره الشريعة الاسلامية .

وهناك سبب ثان لعدم اعتبار الابراء اتفاقا يتم بتوافق ارادتين ، إذ القول بهذا ينبنى عليه أنه إذا صدر الايجاب من الدائن ، ومات المدين قبل القبول ، فإن الابراء لا يتم . وهذه نتيجة غير عادلة . ولا يجوز القياس على الهبة فى امكان قبولها من ورثة الموهوب له إذا كان هذا قد توفى

قبل القبول (م ٥١/٧٣)، فإن هذا نص استثنائي لا يقاس عليه. أما إذا ذهبنا مع الشريعة الاسلامية إلى أن الابراء يتم بارادة الدائن وحده، وصدرت هذه الارادة، تم الابراء، ولو مات المدين قبل رضائه، بل وقبل علمه، بذلك. وهذا ما يقرره صاحب كتاب مرشد الحيران فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٩ فيقول: «وان مات (أى المدين) قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته».

وجوه نقص سدها القضاء بما يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية: نذكر من هذه الوجوه احكاما تتعلق بالملكية الشائعة، وبحقوق الارتفاق، وبالتزامات المؤجر، وبايجار الأرض الزراعية، وبضمان المستعير فى عارية الاستعمال، وبالدعوى البولصية، وبالغبن فى قسمة.

(١) **الملكية الشائعة**: قدمنا أن التقنين المصرى لا يحوى إلا نصوصا قليلة مبعثرة فى هذا الموضوع الخطير. مع أننا لو رجعنا للشريعة الاسلامية، إلى جانب أحكام القضاء، وجدنا الشريعة غنية بأحكامها التى تتفق مع المنطق القانونى، وتتمشى مع عاداتنا وتقاليدنا. فهناك حكم يقرر مبدأ عاما فى الملكية الشائعة، أورده صاحب مرشد الحيران فيما يأتى (م ١٢): إذا كانت العين مشتركة بين اثنين* أو أكثر، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك. ثم يفصل الأحكام بعد ذلك فى نصوص كثيرة، بعضها يعرض لحكم التصرف فى العين المشاعة (م ٧٤٩ـ ٧٥٣)، وبعضها لسكنى الدار الشائعة (م ٥٥ ـ ٧٥٧)، وبعضها للانتفاع بالعين المشتركة (م ٧٥٨ ـ ٧٦٢)، وبعضها لهلاك العين (م ٧٦٣، وبعضها لعمارة الملك المشترك (م ٧١٤ـ ٧٧٢).

فللمشرع المصرى أن يختار من هذه الأحكام الكثيرة ما يتفق مع أحكام القضاء فى هذا الموضوع.

(٢) **حقوق الارتفاق**: ويستطيع مشرعنا فى حقوق الارتفاق كذلك أن يستعرض أحكام الشريعة الاسلامية إلى جانب احكام القضاء، فيأخذ منها ما يصلح.

مثل ذلك انهدام السفل . وقد رأينا القضاء يكمل حكم المادتين ٣٧/٥٨ ، فيجيز لصاحب العلو أن يبنى السفل ، ويرجع بمصاريف البناء على صاحب هذا السفل ، فإذا سجل المشرع المصرى هذا الحكم فى تقنينه الجديد ، وجد مستندا له فى الشريعة الاسلامية ، وحكمها ما يأتى : إذا هدم صاحب السفل سفله تعديا ، يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك (م ٦٦ مرشد الحيران) . وإذا انهدم السفل بلا صنع صاحبه ، فعليه بناؤه بلا جبر عليه ، فإن امتنع صاحب السفل من تعميره ، وعمره صاحب العلو باذن صاحبه أو باذن القاضى ، فله الرجوع على صاحب السفل بما انفقه على العمارة ، بالغا ما بلغ قدره . وأن عمره بلا اذن صاحبه أو اذن القاضى ، فليس له الرجوع إلا بقيمة البناء . وتقدر القيمة بمعرفة أرباب الخبرة زمن البناء لا زمن الرجوع . ولصاحب العلو ان يمنع فى الحالتين صاحب السفل من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه . وله أن يؤجره باذن القاضى ، ويستخلص حقه من أجرته .

وهناك أحكام أخرى فى العلو والسفل ، وفى الحائط المشترك ، يصح الرجوع إليها فى التقنين الجديد (أنظر م ٦٤ و ٦٥ و ٦٨ و ٧٠ و ٧١ من كتاب مرشد الحيران) .

(٣) **التزامات المؤجر** : تختلف هذه الالتزامات فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى . فالمؤجر ، فى القانون المصرى ، يسلم العين فى الحالة التى هى عليها (م ٣٦٩/٤٥٢) . ولا يلتزم باجراء مرمات (م ٣٧٠/٤٥٣) ، وليس هناك نص يلزمه بضمانٌ العيوب الخفية . اما القانون الفرنسى فيلزم المؤجر بتسليم العين فى حالة حسنة من الترميم (م ١٧٢٠ فرنسى فقرة أولى) ، ويوجب عليه اجراء المرمات الضرورية (م ١٧٢٠ فقرة ثانية) ، ويجعله ضامنا للعيوب الخفية (م ١٧٢١) . ولا شك فى أن القانون الفرنسى أعدل من القانون المصرى فى هذه المسائل الثلاث . على أنه يمكن الاستعانة بأحكام الشريعة الاسلامية ، للتقريب فيما بين القانونين .

فتسليم المؤجر للعين فى الحالة التى هى عليها ، وان كان حكما مأخوذا من الشريعة الاسلامية (أنظر ٦٤٢ مرشد الحيران) ، يمكن تعديله ، من طريق الشريعة الاسلامية نفسها ، حتى يقترب من القانون

الفرنسي فى ثلاثة وجوه : (أ) يجب تسليم العين المؤجرة فى حالة تسمح باستغلالها على الوجه المطلوب . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية . فقد ورد فى البدائع (جزء ٤ ص ١٨٧) أنه يشترط فى الايجار أن يكون المعقود عليه ، وهو المنفعة ، مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا . وهذا ما يحكم به القضاء المصري (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٧٣ نمرة ٣٠٤) . (ب) ويجب كذلك فى التسليم التخلية والتمكين من الانتفاع بدفع الموانع ، كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية (البدائع ٤ ص ١٧٩) . فإذا كانت العين مشغولة بأشياء أو بأشخاص ، وجب على المؤجرتخليتها ، ولا يقتصر على تسليمها فى الحالة التى هى عليها . (جـ) ولا تبرأ ذمة المؤجر من التزامه بالتسليم ، إذا تغير الشيء بفعل غيره ، تغيرا يخل بالمنفعة قبل التسليم . ولا يقتصر التزامه فى هذه الحالة على تسليم الشيء تالفا فى الحالة التى هو عليها (م ٤٦٢ مرشد الحيران) .

اما القيام بالمرمات الضرورية ، فهنا أيضا قد أخذ المشرع المصرى حكمه عن الشريعة الاسلامية . إذ تنص المادة ٦٤٥ من كتاب مرشد الحيران على أنه لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها ، وترميم ما اختل من بنائها ، واصلاح ميازيبها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . ولكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الأمر يعدل من هذا الحكم كما عدل من الحكم الأول ، ويدنو بنا من حكم القانون الفرنسي . فإذا كان المؤجر لا يجبر على اجراء المرمات الضرورية ، إلا أنه إذا لم يقم بها ، كان للمستأجر الحق فى فسخ الايجار . وقد جاء فى ابن عابدين ما يأتى (جزء ٥ ص ٦٦ - ٦٧) : « عمارة الدار المستأجرة وتطيينها واصلاح الميزاب وما كان من البناء على رب الدار ، وكذا ما يخل بالسكنى . فإن أبى صاحبها أن يفعل كان للمستأجر أن يخرج منها ، إلا أن يكون المستأجر استأجرها وهى كذلك ، وقد رآها ، لرضاه بالعيب . . وفى الجوهرة وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء » . أما إذا قام المؤجر بالمرمة ، فمصاريفها عليه لا على المستأجر . على أنه يمكن العثور على قول فى الشريعة الاسلامية يجعل المؤجر ملزما بالقيام بالمرمات ، فيجبر على تنفيذ التزامه عينا ، لا من طريق التهديد بفسخ العقد . ففى مذهب الامام مالك ، على ما جاء فى كتاب مخطوط للأستاذ مخلوف سبقت الاشارة إليه : « لا يجبر مالك الدار المؤجرلها على الاصلاح للمكترى الساكن مثلا ،

سواء كان ما احتاج للاصلاح يضر بالساكن ام لا ، حدث بعد العقد ام لا . وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة . ويخير الساكن بين السكنى ، فيلزمه الكراء ، والخروج منها . وأما غير ابن القاسم ، وهو ابن حبيب ، فيقول يجبر الآجر على الاصلاح كما قال ابن عبد السلام وبه العمل . ولكن الخلاف خاص بالمضر اليسير ، وأما إذا كان كثيرا فلا يلزمه الاصلاح ، اجماعا ... فالبند يوافق المذهب على قول ابن حبيب مع تقييد الاصلاح باليسير » . (م ٢٣٤) .

أما التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية ، فإذا كان لا يوجد فيه نص فى القانون المصرى ، فإن فى الشريعة الاسلامية نصوصا صريحة فى ذلك ، إذا أخذ بها مشرعنا ، بعد أن أخذ بها قضاؤنا ، اقترب كثيرا من حكم القانون الفرنسى . فقد جاء فى ابن عابدين (جزء ٥ ص ٦٤) : « الاجارة تفسخ بخيار العيب الحاصل قبل العقد أو بعده ، بعد القبض أو قبله . فإذا كان العيب حاصلا قبل العقد ، فيشترط أن المستأجر لم يكن رآه وقت ذلك . فإن رآه ، فلا خيار لرضاه به » (أنظر أيضا شرح العناية على الهداية ٧ ص ٢٢٠ . البدائع ٤ ص ١٩٥ - ١٩٧) .

(٤) **ايجار الأراضى الزراعية** : نصت المادتان ٤٧٢/٣٨٧ على أنه يجب على مستأجر الأرض للزراعة ، الذى قاربت مدة ايجاره على الانتهاء ، أن يمكن المستأجر اللاحق من تهيئة الأرض للزراعة والبذر ، ما لم يحصل للمستأجر السابق ضرر من ذلك . ولا يوجد نص على الفرض العكسى ، إذا انتهت المدة المحددة للايجار ، وبقيت فى الأرض زراعة لم تحصد . وقد جرى القضاء على أنه إذا انتهت مدة الايجار ، ولم ينضج الزرع ، وألزم المستأجر بتسليم الأرض بما فيها من الزرع ، فله مطالبة المؤجر والمستأجر الجديد بتعويض الخسارة التى ألمت به لهذا السبب (استئناف أهلى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٨٩ - استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١) . وهذا الحكم عادل . وإذا أراد مشرعنا أن يورده فى التقنين الجديد ، استطاع أن يستند فى ذلك إلى أحكام الشريعة الاسلامية ، فإنها تذهب فى حماية المستأجر إلى ابعد من ذلك ، إذ تلزم المؤجر أن يبقى الأرض فى حيازة المستأجر بأجر المثل حتى ينضج زرعه (م ٦٧٨ ؛ ٦٧٩ من كتاب مرشد الحيران) .

وهناك أحكام كثيرة فى المزارعة والمساقاة يمكن استمدادها من الشريعة الاسلامية ايضا .

(٥) ضمان المستعير فى عارية الاستعمال : يقضى القانون الفرنسى على المستعير ، فى عارية الاستعمال ، بأن يحفظ الشىء المعار من الهلاك ، ولو بتضحية شىء مملوك له (م ١٨٨٢ فرنسى) . ولا نص فى القانون المصرى على ذلك . ولكن يمكن الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، استنادا إلى الشريعة الاسلامية ، فقد ورد فى المادة ٧٩١ من كتاب مرشد الحيران : « إذا كان فى امكان المستعير منع التلف من العارية ، بأى وجه ، ولم يمنعه ، يكون متعديا فيضمنها » .

(٦) الدعوى البوليصية : فى هذه الدعوى حكم معروف يقضى بأنه لا يجوز للدائنين الطعن فى وفاء المدين بالدين لأحدهم دون الباقى ، لأن الدائن الذى استوفى دينه له حق ذمة المدين بتقاضاه ، فلا يمكن أن يقال انه تواطأ معه للأضرار ببقية الدائنين . ويستطيع المشرع المصرى أن ينص على هذا الحكم ، مستندا فى ذلك إلى الشريعة الاسلامية . فقد جاء فى المادة ٢١٠ من كتاب مرشد الحيران : « إذا كثرت غرماء المدين ، وكان ماله لا يفى بجميع الديون المطلوبة لهم ، فله أن يقدم من شاء منهم ، ويؤثره على غيره . وان قضى دين أحدهم ، فليس للآخرين أن يجبروا القابض على تقسيم ما قبضه بينه وبينهم » .

(٧) الغبن فى القسمة : يقضى القانون الفرنسى (م ٨٨٧ فقرة ثانية) بجواز الطعن فى القسمة إذا زاد الغبن على الربع . ولا يتضمن القانون المصرى نصا يجيز الطعن فى القسمة . ولكن القضاء ، بالرغم من ذلك ، يجيز هذا .

مشروع تنقيح القانون المدنى[١]

لحضرة صاحب العزة الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى بك

تمهيد

بعد أن تم مشروع تنقيح القانون المدنى ، وعرض على رجال القانون لاستفتائهم فيه ، بدا لى أنه قد يكون من الخير أن القى محاضرة أفتتح بها هذا الاستفتاء ، فأنظر نظرة عامة فى المشروع واستعرض المصادر التى استمد منها ، وما استحدث من التعديل فى القانون المدنى القائم . وقد تفضل معالى وزير العدل فدعا حضراتكم لسماعها . ولا شك فى أنكم لا تنتظرون فى الفترة القصيرة التى حددت لهذه المحاضرة إلا أن تسمعوا استعراضا عاجلا ، يمس المسائل مسا سريعا ، ويقتصر على الاشارة إليها فى غير دراسة مستفيضة ، ولكنه استعراض قد يكون فيه تعريف أولى بالمشروع ، تمهيدا لدراسته فيما بعد .

ويجوز أن نتساءل حتى بعد أن تم مشروع تنقيح القانون المدنى ، هل كانت هناك حاجة ملحة إلى هذا التنقيح . وهل كان من الضرورى أن يكون تنقيحا شاملا من شأنه أن يغير من معالم التقنين القائم . وانى لا أتردد فى الاجابة على هذا السؤال بأن تنقيح التقنين المدنى المصرى تنقيحا شاملا ضرورة تفرضها الظروف التى وضع فيها هذا التقنين ، ويقتضيها تقدم التقنينات الحديثة . وما كنت فى حاجة لأن أزيد على ذلك لولا اعتراضان سمعتهما من ناحيتين مختلفتين . يقول أصحاب الاعتراض الأول أن التقنين المدنى المصرى ليس فى حاجة إلى تنقيح شامل ، ويكفى أن يكمل ببعض النصوص حتى يصبح صالحا صلاحية تامة للتطبيق فى عصرنا الحاضر . ويعترف أصحاب الاعتراض الثانى بحاجة التقنين

---

(١) محاضرة القيت بالجمعية الجغرافية الملكية فى ٢٤ ابريل ١٩٤٢ ونشرت بمجلة القانون والاقتصاد ـ السنة الثانية عشرة ص ٥٥٠ إلى ص ٥٧٠ .

المدنى إلى تنقيح شامل ، ولكنهم يخشون أن تكون أحداث الحرب الحاضرة من شأنها أن تغير معالم الحضارة الانسانية بما لا نحسه فى الوقت الحاضر ، فإذا تكشفت الأمور بعد ذلك ، تبين أن مشروع التنقيح هو نفسه فى حاجة الى التنقيح .

أما الاعتراض الأول فيكفى فى الرد عليه أن نستعرض استعراضا سريعا عيوب تقنيننا المدنى الحالى ؛ وقد لخصتها فى مقال نشر بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية فى العبارات الآتية : «يمكن القول أن تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول . وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة ، ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر ، فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة . يقلد التقنين الفرنسى تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة . . . أما النقص فيرجع معظمه الى قصور تقنيننا عن مجاراة التقدم العظيم الذى قطع مراحله علم القانون فى العصر الحاضر ، فهو منقول عن التقنين الفرنسى ، والتقنين الفرنسى وضع فى أول القرن التاسع عشر ، فلا يزال امام تقنيننا حتى يصبح متمشيا مع عصره أن يقطع هذه المرحلة الطويلة التى قطعها علم القانون فى قرن وثلث قرن ، وهذه أجيال طويلة إرتقى فيها القانون ارتقاء لم يكن أحد يتوقعه . . . وهناك مسائل كثيرة نحن فى حاجة الى أن نأخذها لا من التقنين الفرنسى العتيق ، بل من التقنينات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعيا محكماً . . . فهناك نظريات عامة قد استقرت فى القانون ، وأصبحت تراثا لجميع الأمم ، لانجد لها أثرا عندنا أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا . فنظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحى القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ... ونظام لعقد التأمين وعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة فى التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق ، وإقرار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة وبعقود الاذعان ... كل هذه نظريات لاحظ لتقنيننا منها ، وهى لازمة لايجوز اغفالها فى تشريع حديث . . . هذا الى أن تقنيننا فى موضوع من أهم

موضوعات القانون هو موضوع العقد . وفى مسألة من أدق مسائل هذا الموضوع هى مسألة تكوين العقد ، نراه صامتا صمتا مدهشا لايفسره الا تقليد أعمى للتقنين الفرنسى ، وترسم دقيق من مشرعنا لخطى المشرع الفرنسى ، حتى فى المزالق التى وقع فيها » . هذا ما ذكرناه فى المقال المشار اليه ، ومنه يتبين بوضوح كيف أن تقنيننا المدنى هو فى أشد الحاجة الى تنقيح شامل جامع .

بقى الرد على الاعتراض الآخر ، وهو يرمى الى تأخير التنقيح حتى يتبين أثر الحرب الحاضرة فى تطور مدنية البشر . ولست اشاطر أصحاب هذا الاعتراض تخوفهم من هذه الناحية ، فإن الحرب مهما عظم أثرها لا تغير تغييرا جوهريا فى المبادىء الفنية للقانون المدنى . قد تغير الحرب من نظم الحكم ومن النظم الاقتصادية والاجتماعية ، ولكنها لاتغير من أصول الصياغة القانونية . وإذا كان القانون ، كما يقول جنى Gény الفقيه الفرنسى المعروف ، علما وصياغة ، وكانت الصياغة هى العنصر الأساسى الذى يكسب القانون ذاتيته ، فلنا أن نطمئن الى استقرار النظم القانونية . ويكفى أن نذكر أن العالم فى تاريخه الحديث قد شهد ثورتين من أشد الثورات عنفا وأبعدها أثرا . الثورة الأولى هى الثورة الفرنسية فى آخر القرن الثامن عشر ، وقد قلبت نظم الحكم رأسا على عقب ، ومع ذلك فان التقنين الفرنسى الذى أعقب هذه الثورة لم يكن الا رجوعا الى قانون الماضى ، قانون ما قبل الثورة ، وبقى هذا التقنين طوال القرن التاسع عشر ، ولا يزال باقيا الى اليوم ، لم يستقر الرأى بعد على تنقيحه . والثورة الأخرى هى الثورة الروسية ، شبت فى القرن العشرين ، ولم تكن أقل تأثيرا فى النظم العالمية من الثورة الفرنسية ، ومع ذلك نرى التقنين المدنى السوفييتى محتفظا بالصياغة المدنية المعروفة ، وهو من التقنينات التى استمد منها المشروع الحالى . وهناك التقنين الألمانى ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، والتقنين السويسرى وهو مثل عال من مثل التشريع الديمقراطى ، قد كانا سابقين للحرب الكبرى التى نشبت فى أوائل هذا القرن ، وبقيا بعد هذه الحرب دون تغيير ، وهما الآن يشهدان الحرب الحاضرة ، وسيبقيان بعدها كما هما ، دون أن يلحقهما تغيير جوهرى . وكل ما يمكن أن يحسب حسابه فى هذا الصدد هو ما سيعقب الحرب

الحاضرة من تغلب النزعة الاشتراكية فى النظم الاقتصادية والاجتماعية ، وسترون أن المشروع فى هذه النزعة يماشى عصره ، غير مقصر ولا متخلف .

فتنقيح تقنيننا المدنى تنقيحاً شاملا جامعا هو إذن ضرورة تنبه لها المسئولون من رجال القانون فى مصر منذ زمن طويل . ودخلت فى دور عملى حاسم منذ سنة ١٩٣٦ ، إذ تألفت اول لجنة لهذا التنقيح فى أول مارس من تلك السنة ، وحدد لها عامان للفراغ من عملها مع التفرغ له . وكان رئيس اللجنة هو حضرة صاحب السعادة مراد سيد أحمد باشا وبلغ عدد أعضائها سبعة غير الرئيس . ولم تلبث هذه اللجنة أن حلت بقرار من مجلس الوزراء ، بعد أن انجزت فى ثلاثة أشهر بعض النصوص التمهيدية المتعلقة بمصادر القانون وبتنازع القوانين ، استبقى منها المشروع نصوصا اربعة هى المواد الأولى فيه وتألفت اللجنة الثانية فى نوفمبر سنة ١٩٣٦ برياسة معالى كامل صدقى بك ، وعدد أعضائها تسعة غير الرئيس ، وبقيت إلى شهر مايو سنة ١٩٣٨ ، وقد أنجزت النصوص الخاصة بالكفالة وبالشفعة فاستبقى المشروع هذه النصوص كما هى ، مع تعديل بسيط فى ترتيبها .

وتألفت اللجنة الثالثة وهى اللجنة الحالية فى أواخر عام ١٩٣٨ من عضوين اثين ، وقد رأى وزير العدل إذ ذاك ، حضرة صاحب المعالى أحمد خشبة باشا ، وهو الذى قام بتأليف هذه اللجنة ، أن خير سبيل لانجاز العمل هو ألا يكلف به أكثر من عضوين يتفرغان تفرغا تاما . وإلى هذه الفكرة الحكيمة يرجع الفضل فى اتمام هذا المشروع .

وأحب أن اقرر منذ الآن أن المشروع لم يحقق الوحدة المرجوة للتقنين المدنى ، فلا يزال هذا التقنين موزعا شطرين ، شطر الأحوال الشخصية وقد أعد له مشروع تقنين خاص ، وشطر الأحوال العينية وقد أعد له هذا المشروع . ويلاحظ من جهة أخرى أن المشروع قد أغفل موضوعين ، أولهما هو موضوع الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، إذ أن هناك مشروعا خاصا بهذه المسألة لا يزال تحت البحث . والثانى هو موضوع السجل العقارى ، إذ الأمر فيه يتوقف على انجاز مصلحة المساحة للأعمال التمهيدية التى يجب أن تسبق إصدار التشريع الخاص بهذا الموضوع ، وقد

اقتصر المشروع على ادماج قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٧ مع تعديل طفيف فى بعض نصوصه .

ويسرنى أن أقرر ، قبل أن افرغ من هذا التمهيد ، أن حضرة صاحب المعالى عبد العزيز فهمى باشا قد تفضل فعنى عناية خاصة بدراسة هذا المشروع ، وافضى إلى بملاحظاته على الجزء الأكبر منه ، فسجلت هذه الملاحظات وسيكون لها أكبر نصيب من الاعتبار .

والآن نبدأ ببحث المشروع ، فنستعرض المصادر التى استند إليها ، ثم نلقى عليه نظرة سريعة لنتبين كيف رتبت أحكامه ، وما وجوه التنقيح التى حققها ، وما هى اتجاهاته العامة .

١ ـ المصادر التى استند إليها المشروع

أما عن المصادر التى استند إليها المشروع ، فلم يكن هناك مجال للتردد ، إذ ينبغى أن يرجع فى تنقيح التقنين المدنى المصرى إلى مصادر ثلاثة : إلى القانون المقارن ، وإلى القضاء المصرى وإلى الشريعة الاسلامية .

فالقانون المقارن يمثل التقدم الحديث لعلم القانون والتشريع ، وتتراءى فى ثناياه أحدث التطورات القانونية ، وأهم ما ينبغى أن يقف عنده المقنن إذا أراد أن يكون تقنينه مرآة صادقة للقانون فى عصره ، وأن يستجمع فى هذا التقنين مزايا كل التقنينات التى سبقته . فيجب إذن أن يكون القانون المقارن هو المصدر الأول بين المصادر التى يستمد منها التنقيح . وينبغى أن نقف من القانون المقارن عند التشريع المقارن ، فاننا فى صدد عمل تشريعى . وتستخلص حالة التشريع المقارن من حركة التقنينات العالمية التى أعقبت التقنين الفرنسى،مقاربة له تارة ، ومجافية له تارة أخرى . وهى حركة بقيت فى نشاط طوال القرن التاسع عشر ، واستمرت فى نشاطها منذ فجر القرن العشرين إلى يومنا هذا . فقد ظهر التقنين النمساوى فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى . ثم ظهرت سلسلة طويلة من التقنينات اللاتينية خلال القرن التاسع عشر ، نسجت جميعها على منوال التقنين الفرنسى . من ذلك التقنين الايطالى ، والتقنين الاسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى ، وتقنينات دول أمريكا

الجنوبية ، وتقنين كندا الجنوبية . واستمرت حركة التقنين اللاتينى فى القرن العشرين ، فى شىء من الجدة والتطور ، فظهر التقنين التونسى ، والتقنين المراكشى ، والتقنين اللبنانى ، وظهر فيما بين ذلك المشروع الفرنسى الايطالى فى الالتزامات والعقود ، وهو خلاصة التقنينات اللاتينية ، جددت فيه حتى صارت تماشى روح العصر . وبدأ وضع المشروع الفرنسى الايطالى فى سنة ١٩١٨ ، إذ قام الأستاذ شيالويا ، الفقيه الايطالى المعروف ، ينادى بتوحيد التقنينين الفرنسى والايطالى ، حتى ترتبط الأمتان اللاتينيتان الشقيقتان برباط من وحدة القانون وثيق ، وحتى يكون ذلك نواة لتوحيد التقنين فى كثير من بلاد العالم . فلقى من الأساتذة الفرنسيين ، ولا سيما الأستاذ لارنود ترحيباً بدعوته . وألفت لجنتان ، إحداهما فرنسية والأخرى ايطالية ، اتمتا التقنين فى مدى عشر سنوات ، وقدمتاه لحكومتيهما فى سنة ١٩٢٨ . ولم تتخذه فرنسا حتى اليوم تقنيناً رسمياً لها ، أما ايطاليا فقد أدمجته فى تقنينها المدنى الجامع الذى صدر أخيراً . والمطلع على المشروع الفرنسى الايطالى لا يسعه إلا أن يعجب بالجهود الكبيرة التى قام بها واضعوه ، فقد اكسب هذا المشروع التقنينات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها . ونفخ فيها روح العصر الذى نعيش فيه ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شىء كثير من الدقة والتحديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظا إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى ، فقد احتفظ بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحى فى بعض النواحى التمشى مع روح التقدم الحديثة .

إزاء هذه التقنينات اللاتينية يجب أن توضع التقنينات الجرمانية ، وأهمها ثلاثة : التقنين الألمانى والتقنين النمساوى والتقنين السويسرى .

أما التقنين الألمانى فيعد أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث ، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل . تم تحضير مشروعه الأول فى سنة ١٨٨٧ ، ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء ثم عرض على الهيئة التشريعية . واتفقت الحكومة مع الأحزاب السياسية على أن تقتصر الأحزاب على النظر فى المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل ، حتى لا يختل تناسقها . فكان ذلك سببا فى السهولة والسرعة اللتين اقترنتا بالموافقة

على المشروع ، فأصدر فى سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ . والتقنين الألمانى يبز من الناحية الفقهية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية ، وأقربها إلى المنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقا له عن الانتشار ، فإن تعقيده الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشىء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب عسر الفهم .

والتقنين النمساوى يرجع عهده كما قدمنا إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى ، ولكنه لم يتح له من النجاح ما أتيح لهذا التقنين . لذلك بقى محدود الانتشار فى أوربا حتى غمره التقنين الألمانى . وقد قام النمساويون بتنقيح تقنينهم فى أول سنى الحرب الماضية ، وظهر التنقيح فى سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئا من الجدة المسايرة لروح العصر . ولكنه لم يكن تنقيحا شاملا ، بل استبقى التقنين القديم بعد ادخال بعض تعديلات جزئية تناثرت متفرقة بين نصوصه المختلفة ، فلم يكن للتنيقح اثر كبير فى انتشاره .

بقى من التقنينات الجرمانية التقنين السويسرى . وهو تقنينان لا تقنين واحد ، أحدهما فى الالتزامات والعقود ، والآخر فيما بقى بعد ذلك من أقسام القانون المدنى . والسبب فى هذا الازدواج اعتبارات دستورية يضيق المقام عن ذكرها . وقد وضع مشروع التقنين الخاص بالالتزامات والعقود ، ويشمل التقنين التجارى الذى أعده أستاذ واحد هو الأستاذ فيك Fick ، ونشر للإستفتاء ، ثم عرض على الهيئة التشريعية فوافقت عليه جملة واحدة فى سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لاتخل بتناسق التقنين ، وقد أعيد النظر فيه ونقح فى سنة ١٩١١ . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالتقنين الآخر ، وضع مشروعه أستاذ واحد هو الأستاذ هيبر Huber ، وعرض على الهيئة التشريعية ، فأقرته منفصلا عن تقنين الالتزامات ، وتقرر أن يعمل به وبتقنين الالتزامات المنقح من أول يناير سنة ١٩١٢ . وكان المنتظر أن يكون التقنين السويسرى ، وهو من صنع الأساتذة ،عملا فقهيا ، فإذا به ذو صبغة عملية بارزة ، أما التقنين الألمانى ، وقد اشترك فى تحضيره رجال عمليون ، فصبغته الفقهية واضحة مشهورة . ويمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة . فيتغاير بهذا

مع التقنين الألمانى المعقد المغلق. وهو يجمع الى الوضوح والبساطة والدقة والتعمق، ثم يضم الى ذلك الجدة والتمشى مع أحدث النظريات العلمية. ففيه تجتمع مزايا التقنين الألمانى من حيث القيمة الفنية، ومزايا التقنين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح. على أن هذا الوضوح خداع فى بعض الأحيان، فان كثيرا من النصوص فى التقنين السويسرى يبدو لأول وهلة سهل الفهم قريب المأخذ، فإذا ما محص النص أونعم النظر فيه، بدا الابهام والنقص وظهرت الحاجة الى الدقة والتحديد. وتبين أن الوضوح فى صياغة النصوص التشريعية قد ينقلب غموضا عند تطبيق هذه النصوص[١].

إلى جانب التقنينات اللاتينية والتقنينات الجرمانية ظهر فى خلال القرن العشرين طائفة من التقنينات المتخيرة، لا تنحاز الى إحدى المدرستين انحيازا مطلقا، بل تتخير، فتأخذ من كل مدرسة بالذى هو احسن. وعلى رأس هذه التقنينات التقنين البولونى فى الالتزامات والعقود. وقد جمع هذا التقنين بين مزايا التقنينات اللاتينية فى الوضوح والسلاسة ومزايا التقنينات الجرمانية فى الدقة والتعمق. ويمكن أن يذكر مع التقنين البولونى من التقنينات المتخيرة التقنين اليابانى وقد صدر فى سنة ١٨٩٦، والتقنين البرازيلى وقد صدر فى سنة ١٩١٦ وتقنين السوفييت وقد صدر فى سنة ١٩٢٣، والتقنين الصينى وقد صدر فى سنتى ١٩٢٩ و ١٩٣٠.

من كل هذه التقنينات المختلفة النزعة المتباينة المناحى، ويبلغ عددها نحو عشرين تقنينا، استمد المشروع المعروض اليوم للاستفتاء ما اشتمل عليه من النصوص. ولم يوضع نص الا بعد أن فحصت النصوص المقابلة له فى كل هذه التقنينات المختلفة، ودقق النظر فيها، واختير منها أكثرها صلاحية، حتى ليجوز القول بأن المشروع يمثل من ناحية حركة التقنين العالمية نموذجا دوليا يصح أن يكون نواة لتوحيد كثير من التقنينات المدنية. ومن أجل هذا لم يغير المشروع فى النصوص التى اختارها من التقنينات المختلفة إلا فى أضيق ما يكون من الحدود،

---

(١) انظر فى المشروع الفرنسى الايطالي والتقنين الألمانى والسويسرى مقالنا الذى نشر بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الأهلية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٤٤ - ٥٨.

بحيث يبدو أن التغيير ضرورة لازمة ، أو حيث يكون مصدر النص أكثر من تقنين واحد . وفيما عدا ذلك حافظ المشروع على حرفية النصوص التى اختارها ، حتى يحتفظ بقيمته النموذجية ، فلا يصبح مجرد تقنين جديد يضاف الى التقنينات الكثيرة التى تظهر من وقت لآخر . هذا الى أن النص الذى يختار من تقنين معمول به ، إذا حوفظ على حرفيته ، تكون له مزية على النص الذى يوضع وضعا ، إذ يكون للنص المختار قيمة تشريعية ليست للنص الموضوع ، وهو بعد نص قد طبقته المحاكم ، ومحصته التجارب ، واستقر فى مضطرب الحياة المدنية .

وتجدون فى المذكرة الايضاحية التى سترسل اليكم تباعا بمجرد الفراغ من طبعها ، تحت كل نص من نصوص المشروع ، النص الذى يراد تنقيحه فى التقنين المدنى المصرى الحالى ، ان كان هناك نص موجود ثم كل النصوص المقابلة لنص المشروع فى جميع التقنينات التى أسلفنا ذكرها ، من لاتينية وجرمانية ومتخيرة بما فى ذلك النصوص التى أخذ منها نص المشروع مكتوبة بحروف بارزة . وهذا وحده يعين على الافتاء الى حد بعيد ، إذ يسهل على الباحث أن يتبين ، من مقارنة هذه النصوص بعضها ببعض ، قدر صلاحية النص الذى اختاره المشروع . ثم يعقب ذكر النصوص المقابلة اشارة الى بعض أحكام القضاء المصرى فى المسألة التى يتناولها النص . واشارة أخرى الى ما يقابل النص فى نصوص الشريعة الاسلامية مستمدة فى الأكثر من مرشد الحيران ومجلة الأحكام العدلية . وقد قدمنا أن القضاء المصرى والشريعة الاسلامية هما المصدران الآخران اللذان استند اليهما المشروع ، وقد آن أن نقول كلمة فى كل منهما .

أما القضاء المصرى فقد استغل الى حد كبير فيما تم من عمل التنقيح ، لأنه لايكفى أن يكون المشروع نموذجا دوليا ، بل يجب ايضا ان يكون متفقا مع حاجات البلد ، والقضاء هو خير معبر عن هذه الحاجات . وقد كانت مهمة قضائنا بنوع خاص شاقة عسيرة ، إذ كان مطلوبا منه أن يمصر قانونا أجنبيا دخل فى البلاد بين يوم وليلة ، فقام بعمله فى كثير من اللباقة والمهارة . لذلك كان فى الاستطاعة أن تستخلص منه كثيرا من الدروس النافعة . ويكفى أن نذكر هنا ، على سبيل التمثيل لا على سبيل

الحصر بعض الأحكام التى استمدها المشروع من القضاء المصرى ، واقتصر فيها على تقنين هذا القضاء وتسجيله .

فهناك موضوعات كاملة أخذت فيها أحكام القضاء . من ذلك الملكية الشائعة ، ولا يكاد يوجد فى تقنيننا الحالى نص تشريعى فى هذا النوع من الملكية ، على اهميته وانتشاره فى مصر . وقد تكفل القضاء المصرى بتفصيل أحكامه ، وقنن المشروع المبادىء التى قررها القضاء فى هذا الشأن . ومن ذلك قسمة المهايأة تولى القضاء بيان أحكامها ، وعن القضاء أخذ المشروع هذه الأحكام ، ودعمها بنصوص استوحاها من عادات البيئة المصرية . ومن ذلك الحراسة ، والحكر ، وحقوق الارتفاق ، والتزامات الجوار ، تولاها القضاء جميعا بالتنظيم المفصل ، وقنن المشروع ما قرره القضاء بشأنها من أحكام ومبادىء .

والى جانب تقنين المشروع للقضاء المصرى فى موضوعات كاملة ، قنن أيضا هذا القضاء فى كثير من المسائل التفصيلية الهامة . ويضيق المقام عن ايراد ما كان يصح إيراده من الأمثلة المتنوعة فى هذا الصدد . فنجتزىء بالاشارة الى قليل من هذه المسائل .

قنن المشروع القضاء المصرى فى التعاقد بالمراسلة ، وفى الحالات التى يعتبر فيها سكوت المتعاقد قبولا ، وفى تحديد الأجْل إذا اشترط أن يكون الدفع عند المقدرة أو عند الميسرة ، وفى جواز تخفيض الشرط الجزائى ، وفى عدم جواز تخفيض أجر الوكيل إذا دفع هذا الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة ، وفى ضمان العيوب الخفية فى الايجار ، وفى جعل الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية والديون الثابتة فى ذمة ناظر الوقف للمستحقين تتقادم بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات ، وفى الهبات والوصايا التى تصدر من المورث لورثته مخفية تحت ستار البيع ، وفى بدء سريان التقادم فى دعوى ضمان الاستحقاق ، وفى اعتبار رهن الحيازة فى يد الدائن قاطعاً للتقادم ، وفى رجوع حائز العقار المرهون إذا وفى كل الدين على الحائزين الآخرين ، وفى انتقال حق الشفعة بالميراث ، وفى غير ذلك من المسائل الكثيرة التى ترونها متناثرة فى جميع نواحى المشروع .

بقيت الشريعة الاسلامية كمصدر من المصادر التى استند اليها المشروع . وللشريعة الغراء حديث طويل قد تتاح له فرصة اخرى أطول من هذه . ولكنى لا أتردد فى كل فرصية أن اكرر أن الشريعة الاسلامية تعد فى نظر المنصفين من أرقى النظم القانونية فى العالم ، وهى تصلح أن تكون دعامة من دعائم القانون المقارن . . ولا نعرف فى التاريخ نظاما قانونيا قام على دعائم ثابتة من المنطق القانون الدقيق ، يُضاهى منطق القانون الرومانى ، إلا الشريعة الاسلامية . ومهما تكن حاجة هذه الشريعة الى حركة علمية قوية تعيد لها جدتها ، وتنفض ما تراكم عليها من غبار الركود الفكرى الذى ساد الشرق منذ أمد طويل ، وتكسر عنها اغلال التقليد الذى تقيد به المتأخرون من الفقهاء . فانها حتى فى حالتها الراهنة تصلح أن تكون مصدرا خصبا يستمد منه التقنين المصرى كثيراً من الأحكام . وقد استمد المشروع فعلا من الشريعة الاسلامية كثيرا من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية .

ونبدأ قبل هذا وذاك أن نسترعى النظر الى ما ادخله المشروع بشأن الشريعة الاسلامية من تجديد خطير ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذ ذكر فى أول مادة منه أن القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا فإنه يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية . والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ، فسيرجع القضاء إذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الأقضية . وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لاسيما إذا لوحظ أن ما ورد فى المشروع من نصوص هو أيضا يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الاسلامية دون كبير مشقة . فسواء وجد النص أو لم يوجد ، فان القاضى فى أحكامه بين اثنتين ، إما أنه يطبق أحكاما لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الاسلامية ، وإما أنه يطبق أحكام الشريعة ذاتها .

ولم يقتصر الأمر على ذلك ، وأخذ المشروع كما قدمنا ، من طريق مباشر ، بنظريات عامة فى الشريعة الاسلامية وبأحكام تفصيلية .

وأهم ما قتبسه من النظريات العامة هو هذه النزعة المادية أو الموضوعية التى تميز الفقه الاسلامى . كما أخذ بنظرية التعسف فى

استعمال الحق ، وبمسئولية عديم التمييز ، وبحوالة الدين ، وبمبدأ الحوادث غير المتوقعة .

ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه المسائل .

اما عن النزعة المادية ، فإنه يمكن تقسيم الشرائع الى قوانين تتغلب فيها النزعة النفسية أو الشخصية tendance subjective وهذه هى الشرائع اللاتينية بوجه عام ، واخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية tendance objective وهذه هى الشرائع الجرمانية . ويختلف هذان النوعان من الشرائع ، أحدهما عن الآخر ، فى نظرته الى النظم القانونية . فالشرائع ذات النزعة النفسية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى دون موضوعه المادى ، وتنظر فى العقد الى الارادة الباطنة النفسية دون الارادة الظاهرة المادية ، ونضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة ، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس فى التعامل . وتجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك ، فتغلب فى الالتزام موضوعه المادى ، وتنظر فى العقد الى الارادة الظاهرة ، وتضع معايير مادية تقف فيها عند العرف المألوف . والنزعة المادية فى القانون دليل على تقدمه ، إذ يكشف بهذه النزعة عن شدة حرصه على ثبات المعاملات واستقرارها . فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الاسلامية ، فهذه النزعة لاشك مادية . وإذا كانت العبرة فى هذه الشريعة بالمعانى دون الألفاظ . إلا أن المعانى التى تقف عندها هى التى تستخلص من الألفاظ ، لا من النيات المستكنة فى الضمير . فالعبرة فيها بالارادة الظاهرة ، لا بالارادة الباطنة . ومن هنا تدقق الفقهاء فى كثير من المواطن فى تحديد معانى الألفاظ ، ويرتبون على اختلافها اختلافا فى الحكم . وهم ليسوا متنطعين يضحون المعنى للفظ كما قد يتوهم البعض ، بل هم يقفون عند الارادة الظاهرة التى يكشف عنها اللفظ المستعمل ، حفظا لثبات التعامل واستقراره . كذلك نجد معايير الشريعة الاسلامية معايير مادية ، تنزل عن المألوف فى التعامل والتعارف بين الناس . والمشروع يقتفى أثر الشريعة الاسلامية فى كل ذلك ، فيتميز بنزعة مادية واضحة . نرى هذا فى كثير من المعايير التى يأخذ بها ، وفى نظرته للالتزام حيث يراه عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصية ، وفى نظرته للعقد حيث يأخذ فى كثير من الفروض بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة .

وقد أخذ المشروع أيضا عن الشريعة الاسلامية نظرية التعسف فى استعمال الحق . وهى نظرية تقررها الشريعة فى أوسع مدى ، ولا تقتصر فيها على المعيار النفسى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل تضم اليها معيارا ماديا ، إذ تقيد كل حق بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية التى قرر من أجلها . وقد أخذ المشروع بهذه الأحكام ، فقرر المبدأ بمعياريه النفسى والمادى ، وأورد له تطبيقات كثيرة ، اقتبسها هى أيضا من الشريعة الاسلامية . ومسئولية عديم التمييز تأخذ بها التقنينات الجرمانية دون التقنينات اللاتينية ، فأخذ المشروع بما ذهبت اليه التقنينات الجرمانية لأنها هى التى تتفق مع الشريعة الاسلامية . وكذلك الأمر فى حوالة الدين ، تغفلها التقنينات اللاتينية ، وتنظمها التقنينات الجرمانية متفقة فى ذلك مع الشريعة الاسلامية ، وقد أخذ المشروع بها اتباعا للشريعة . ومبدأ الحوادث غير المتوقعة principe de l'imprévision أخذ به القضاء الادارى فى فرنسا دون القضاء المدنى ، فرجح المشروع الأخذ به استنادا الى نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية .

وهناك أحكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الاسلامى ، نكتفى هنا بمجرد الاشارة الى بعضها . من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وايجار الوقف ، والحكر ، وايجار الأراضى الزراعية ، وهلاك الزرع فى العين المؤجرة ، وانقضاء الايجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعذر ، ووقوع الابراء من الدين بارادة منفردة . وندع جانبا المسائل التى سبق أن اقتبسها التقنين الحالى من الشريعة الاسلامية وجاراه المشروع فى ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك فى البيع ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم . أما الأهلية ، والهبة ، والشفعة ، وأما المبدأ القاضى بألا تركة الا بعد سداد الدين . فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أخذت برمتها من الشريعة الاسلامية .

٢ - نظرة عامة فى المشروع

والآن بعد أن استعرضنا المصادر التى استند إليها المشروع ، نلقى نظرة عجلى على المشروع نفسه . فنرى أولا كيف رتبت أحكامه .

لم يكن ترتيب المشروع بالأمر الهين ، إذ كان ينبغى التفكير فى ترتيب يماشى الحركة العلمية ، ولا يتجافى مع الحقائق العملية ، ويستنير فى الوقت ذاته بترتيب التقنينات الحديثة التى صدرت فى خلال القرن العشرين ، مع المحافظة بقدر الامكان على الترتيب الذى اتبعه التقنين الحالى . ولا ادخل فى تفصيلات هذا الترتيب ، فإن المشروع بين أيديكم ، تستطيعون بتصفحكم له أن تتبينوا انه نجا من الخلط والتشويش ، اللذين وقع فيهما التقنين الحالى ، مع محافظته على التقسيمات الرئيسية التى اتبعها هذا التقنين . وسترون عند دراسة كل موضوع كيف توخى المشروع أن يرتب المسائل ترتيبا منطقيا تتسلسل الفكرة فيه ، فيسهل على الباحث أن يدرك ما بين المسائل المختلفة من ارتباط ، وما ينتظمها جميعا من تناسق . وهذا هو سبب ما اتبع فى ترتيب الأحكام من تقسيم وتبويب وتفريع . ولم يكن المشروع مبتدعا فى ذلك ، بل كان مقتفيا أثر أحدث التقنينات وأكثرها ذيوعا وانتشارا . بل ان العناوين التى وضعت بجانب النصوص لم يبتدعها المشروع ، بل سبقه إليها التقنين السويسرى ، ودلت التجارب على أنها تيسر البحث تيسيراً كبيراً ، فإذا ما رؤى فى النهاية استبقاؤها فمن الممكن أن تبقى دون أن تعتبر جزءا من التشريع .

ولا أظننى فى حاجة للدفاع عن كثرة النصوص التى اشتمل عليها المشروع ، فإن القانون المدنى كما تعلمون واسع المدى . ولو قورن هذا المشروع بالتقنين الفرنسى ، وهو التقنين المعروف بالاعتدال فى عدد ما اشتمل عليه من النصوص ، لتبين أن المشروع أكثر ايجازا . فإن المواد المتعلقة بالمعاملات فى التقنين الفرنسى تبلغ فى العدد نحو خمسمائة وألف ، يقابلها فى المشروع مائتان وألف ، وأما باقى المواد تبلغ نحو الأربعمائة فهى موضوعات جديدة لا يوجد لها نظير فى التقنين الفرنسى .

بقى أن نستعرض استعراضا سريعا أهم ما اشتمل عليه المشروع من وجوه التنقيح المختلفة ، وما رسم له من الاتجاهات العامة .

أما عن وجوه التنقيح فيكفى أن أقول اجمالا أن المشروع قد أدخل موضوعات جديدة ، واستوفى موضوعات ناقصة ، وعالج عيوبا متفشية . ويضيق المقام عن استعراض كل ذلك ، فأقتصر الآن على الملاحظات الموجزة الآتية :

(أولا) تجنب المشروع ما وقع فيه التقنين الألمانى من التعقيد والغموض، بأن تحاشى الفصل ما بين موضوع العقد وموضوع العمل القانونى. وبذلك دلل على نزعة عملية تفضل النزعة التجريدية الفقهية التى اصطبغ بها التقنين الألمانى. وخصص بابا لآثار الالتزام تجنب فيه كثيرا من أسباب التشويش والخلط مما وقعت فيه التقنينات الأخرى.

(ثانيا) استوفى المشروع موضوعات هى فى التقنين الحالى شديدة الاقتضاب على أهميتها، وأصلح كثيرا من عيوب التقنين الحالى فيها. من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد، والدعوى البوليصية، والاشتراط لمصلحة الغير، والمسئولية التعاقدية، والمسئولية التقصيرية، والحراسة، والملكية الشائعة، وملكية الطبقات، ورهن الحيازة، وحق الاختصاص.

(ثالثا) رسم المشروع الخطوط الرئيسية لموضوعات هى فى التقنين الحالى متناثرة فى جميع نواحيه دون ترتيب او تنسيق، فجمع المشروع بين أطرافها، وعرضها جملة واحدة، بحيث يتكشف ما بين أجزائها من صلات، وما يربطها جميعا من وحدة فى النظر. من ذلك موضوع الحيازة، وحقوق الارتفاق، وحقوق الامتياز، والحق فى الحبس، والدفع بعدم تنفيذ العقد، والنيابة فى التعاقد.

(رابعا) أوجد المشروع من الموضوعات الجديدة ما كان ينقص التقنين الحالى أشد النقص. من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، والشخصية المعنوية، وحوالة الدين، وعقود المنفعة العامة، وعقد العمل، وعقد التأمين، وعقد الهبة، والحكر، وإيجار الوقف. والموضوعان الجديدان الجديران بأن ينوه بهما تنويها خاصا هما الافلاس المدنى وتصفية التركات. ومهما اختلفت وجوه النظر فى الافلاس المدنى، فلا شك فى أننا جميعا نحس الحاجةالشديدة إلى قواعد تنظيم تصفية التركة، ما دمنا نسلم بمبدأ الشريعة الاسلامية القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين.

واكتفى بهذا الإلمام السريع، فإن كل مسألة من هذه المسائل تصلح أن تكون وحدها موضوع محاضرة كاملة. وارجو أن تتاح لى الفرصة بعد الفراغ من إعداد المذكرة الايضاحية، أن أتناول كل هذه المسائل مسألة مسألة. بما ينبغى من بيان واف، فى محادثات متعاقبة تنظم لهذا الغرض.

أما الاتجاهات العامة التى رسمت للمشروع، فيمكن أن نتبين منها ثلاثة :

أولها أن المشروع، من ناحية صياغته الفنية، ذو نزعة مادية متخيرة. ومعنى ذلك، كما قدمنا، أنه يتخير بين النزعتين المادية والنفسية، مع ميل إلى النزعة المادية، إيثارا لاستقرار التعامل. فهو من هذه الناحية يصطبغ بصبغة عملية واضحة، أشار إليها الأستاذ شيفالييه فى المحاضرة التى ألقاها عن المشروع منذ عهد قريب.

والاتجاه الرئيسى الثانى أن المشروع، من ناحية سياسته التشريعية، يترك للقاضى حرية واسعة فى التقدير، يواجه بها تباين الظروف فيما يعرض له من الأقضية. وهذا أدنى إلى تحقيق العدالة. فلا يحسبن أحد أن القاضى الذى يحد من تقديره قواعد جامدة، والذى تغل يده نصوص ضيقة، بمستطيع أن يكيف الأحكام القانونية بحيث تصلح للتطبيق العادل فى الظروف المتغيرة. فهو بين أن يؤدى العدالة الحقة، فيكسر من أغلال القانون، أو يلتزم حدود القانون، فلا يؤدى إلا عدالة حسابية شكلية. وقد أصبح الآن ثابتا أن القواعد القانونية الجامدة لا تلبث أن تتكسر تحت ضغط الحاجات العملية، وخير منها المعايير المرنة التى تتسع لما يجد من الحوادث، وما تتكشف عنه حركة التطور المستمر.

والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع، من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية، إنما يجارى نزعات عصره، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم، بل يماشى ما لحق بها من تطورات عميقة، ستكون بعد الحرب الحاضرة أبعد مدى وأبلغ أثرا. فالمشروع لايقدس حرية الفرد الى حد أن يضحى من أجلها مصلحة الجماعة، ولا يجعل من سلطان الارادة المحور الذى تدور عليه كل الروابط القانونية، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة. ثم هو بين الفرد والفرد لايترك القوى يصرع الضعيف، بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية. فليس الفرد حراً فى أن يتخذ، مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة، تكئة ليتعسف ويتحكم. لذلك ترون المشروع يقف الى جانب الضعيف فيحميه، كما فعل فى عقود الاذعان عند ما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقدير القاضى، وكما فعل فى

النصوص الخاصة بالإستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل . وهو الى كل هذا ، وقبل كل هذا يضع مبدأ عاما ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق . وترون المشروع كذلك ظاهر الرفق بالمدين ، فهو يقيد من حق الدائن فى التنفيذ ، ويلزمه أن يبدأ بالمال الذى يكون بيعه أقل كلفة على المدين . ويعالج عيوب حق الاختصاص ، فلا يجعل هذا الحق غلا فى يد المدين لا يستطيع فكاكه ، بل يرسم طريقة لانقاصه ، إما بقصره على جزء من العقار الذى سبق أن رتب عليه ، أو بنقله الى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين . ويوجب على القاضى أن يتدخل لحماية المدين المرهق ، إذا طرأت حوادث استثنائية لايمكن توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . فواجب القاضى إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين ، وأن ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول . هذا الى نصوص أخرى كثيرة متناثرة فى نواحى المشروع تحمى المدين وتقيه شر تعسف الدائن . وترون المشروع أخيراً يقيد من حق الملكية ، فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لايجوز أن ينحرف عنها المالك . فهو فى أول نص يعرف فيه الملكية يقرر أن لمالك الشىء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ثم يورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد هذا المعنى ويقويه . فالمالك لا يجوز له أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . بل يجيز المشروع أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، إذا كان هذا التدخل ضروريا لتوقى ضرر هو أشد كثيرا من الضرر الذى يصيب المالك ، ما دام هذا يحصل على التعويض الكافى . ويضيق المقام عن استعياب القيود التى فرضها المشروع على حق الملكية ليجعل من هذا الحق ، لا سلطانا مطلقا ، بل وظيفة اجتماعية . فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة ، بل ومع مصلحة خاصة هى أولى بالحماية ، فالمشروع يقيد من حق الملكية ، رعاية للمصالح المشروعة ، وتحقيقا لمبدأ التضامن الاجتماعى .

كل هذا دون غلو ولا اسراف . فلا تزال حرية الفرد ، وسلطان الارادة ، وحقوق الدائنين ، واحترام الملكية ، محلا لنصوص كثيرة فى المشروع ، تلمح فيها أثرا ظاهرا للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة . وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادىء مقررة فى العدل الاجتماعى ، فهو يحمل طابعا قويا من حضارة العصر ومدنية الجيل .

هذه هى الاتجاهات العامة التى رسمت للمشروع ، أجملتها فى قلبل من العبارات .

والآن أيها السادة ، وقد انتهيت من هذا الاستعراض السريع لما استند إليه المشروع من مصادر ، ولما اشتمل عليه من وجوه التنقيح ، ولما تضمنه من الاتجاهات الرئيسية ، فانى أدع المشروع بين أيديكم ، وهو ثمرة جهود طويلة مضنية ، وصل الليل فيها بالنهار . فقوموا من اعوجاجه بواسع خبرتكم ، واصلحوا من عيوبه بثاقب رايكم ، فإن مشروعا مترامى الأطراف كهذا المشروع لابد من أن تكون فيه مآخذ كثيرة ، وقد كشفت بعضها بنفسى وانا اضع المذكرة الايضاحية ، وانى معتمد على تمحيصكم الدقيق فى كشف الباقى . ولا أشك ان مشروعا واسع المدى كمشروع التقنين المدنى ، إذا كان الأفضل فى انشائه أن يقوم على أكتاف عدد قليل من الرجال ، فان الأفضل فى تمحيصه أن يتناوله أكبر عدد ممكن من الباحثين الناقدين . وبقدر ما يكون الخير فى القلة عند الانشاء والبناء ، يكون الخير فى الكثرة عند النقد والتمحيص .

أيها السادة : أنتم تمثلون رجال القانون فى مصر . وتمثلون هذه التقاليد العالية التى بوأت مصر مكانا محترما فى عالم القانون . وسيوضع المشروع فى الميزان ، تحت نظركم الناقد ، وتمحيصكم الدقيق ، وانصافكم الحق . فإن خفت موازينه ، فلكم من واسع تجاربكم ما يكفل اصلاحه ، حتى ترجح كفته . وإن ثقلت موازينه ، فمن قضائكم استقى . وبعلمكم اهتدى . وإلى تقاليدكم المجيدة يرجع ما عسى أن يكون فيه من خير . فأنتم المرجع الأول والأخير فى هذا التقنين الجديد ، وقد قطعنا شوطا من مراحله ، ونرجو بمعونة الله وبفضله مؤازرتكم أن نسير فى الطريق إلى نهايته ، وأن نقطع ما بقى أمامنا من مراحل .

وأختتم هذه المحاضرة بأن أشكر لمعالى وزير العدل كريم دعوته ، وكبير عنايته بالمشروع ، وأشكر لكم جميل اصغائكم ، وحسن استماعكم .

محاضرة عن
واجبنا القانونى بعد المعاهدة

٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦

الدكتور عبد الرزاق السنهورى بك

عميد كلية الحقوق

سادتي :

عهد إلى أن أتحدث اليكم الليلة عن واجبنا القانونى بعد المعاهدة ، والحديث عن القانون قد يكون جافا ، ولكنه حديث يتصل بالصميم من حياة الأمة . ونحن « رجال القانون » رجال صناعة لا تلذ للجمهور ، ولكنها صناعة تتغلغل فى الحياة الاجتماعية لتنظيم روابطها وتجمع أطرافها .

وواجبنا القانونى أيها السادة واجب متشعب النواحى . وكان من الأولى أن يحاضركم فى هذا الواجب أكثر من محاضر واحد . فأنتم فى حاجة إلى أن تسمعوا قاضياً يبسط لكم واجبنا فى تأدية العدالة ، ومحامياً يدلى اليكم بآرائه فى تنظيم صناعة المحاماة ، وفقيها يحاضركم فى صناعة الفقه وكيف ترقى فى مصر لتقوم بما عليها من واجبات ، ومتشرعاً يحدثكم عن التشريع وكيف ينبغى أن يكون فى هذا الدور الدقيق الذى تجتازه مصر فى حياتها التشريعية . أنتم فى حاجة « أيها السادة » إلى أن تسمعوا حديث هؤلاء الاربعة وغيرهم من رجال القانون . ولكن القائمين بتنظيم هذه المحاضرات اشفقوا عليكم من كل ذلك ، وطلبوا إلى أن اختصر هذه العملية الشاقة فى محاضرة واحدة ، فانا إذن اتكلم عن القاضى وعن المحامى وعن الفقيه وعن المتشرع ، غير آمن من غضب رجال القانون ، يقولون فضولى يتكلم فى غير اختصاصه .

١ - واجبنا نحو القضاء :

أما واجبنا نحو القضاء فواضح . يجب أن يكون القضاء فى مصر المستقلة كما هو فى سائر بلاد العالم المتمدين قضاء موحداً متمتعا بضماناته .

النظام القضائى فى مصر ايها السادة يعانى كما تعلمون من امرين . اختلاف الجنسية واختلاف الدين . فبينما نجد فى البلاد الراقية محكمة واحدة يتقاضى أمامها الجميع لا فرق فى ذلك بين وطنى واجنبى ، ولا بين دين وآخر ، نجد المحاكم فى مصر متشعبة متنوعة . فالمصرى فى معاملاته يتقاضى امام المحكمة الأهلية ، والأجنبى أمام المحكمة المختلطة. ثم ان المصرى فى أحواله الشخصية يتقاضى فى بعض المسائل أمام المجلس الحسبى وفى المسائل الاخرى أمام المحكمة الشرعية إذا كان مسلماً أو أمام مجلس ملى إذا كان غير مسلم . والاجنبى بدوره لا يقف أمام المحكمة المختلطة إلا فى بعض معاملاته المالية . أما فى البعض الآخر وفى الاحوال الشخصية وفى الجرائم المهمة فهو يتقاضى أمام طائفة من المحاكم القنصلية لكل دولة محكمتها ، وهذه محاكم اجنبية تحكم فى ارض مصر بقوانين غير القوانين المصرية وباسم ملك أجنبى لا باسم مليك البلاد .

هذه حالة من الفوضى فى النظام القضائى لا يمكن الصبر عليها بعد الآن . وإذا كانت مصر اضطرت فى الماضى بحكم الظروف القاسية أن تسلم بها كارهة مرغمة ، فمصر المستقلة فى عهدها الجديد تأبى إلا أن تنال استقلالها القضائى كما نالت استقلالها السياسى ، وتأبى إلا أن تمسح من صحيفة حاضرها ومستقبلها كل ضرب من ضروب الامتيازات : الامتيازات الأجنبية والامتيازات الدينية .

أما الامتيازات الأجنبية فقد كانت محل عناية المفاوض المصرى فى معاهدة الصداقةوالتحالف مابين مصر وانجلترا وكان كسب مصر فى هذه المعاهدة كسباً جديدا يفوق ما كسبته فى جميع المفاوضات السابقة ، وسينعقد قريباً مؤتمر للامتيازات الأجنبية تجلس فيه مصر إلى الدول ذوات الأمتياز وتطالب باسترداد حقوقها كاملة فى التشريع حتى يصبح

التشريع المصرى ساريا على الأجانب ، وحتى تصبح مصر المستقلة قادرة على تنويع الضرائب التى تجبيها من جميع السكان فيوزع العبء المالى عادلا بين الجميع . وانى أيها السادة لا أستطيع ان اتصور وجود منصف ينكر على مصر فى المؤتمر القادم حقها الطبيعى فى التشريع لجميع قطان البلاد والتشريع من أهم مظاهر السيادة للدولة .

وسنطلب أيضاً إلى المؤتمر القادم أن يعترف بأن المحكمة الوحيدة التى لها حق الوجود فى مصر هى المحكمة المصرية ، ولا يجوز أن يوجد إلى جانب المحكمة المصرية محكمة أجنبية سواء كانت الصفة الأجنبية لهذه المحكمة صريحة كالمحكمة القنصلية أو مقنعة كالمحكمة المختلطة . إن سلطان المحاكم الأجنبية يجب أن يتقلص ظله فى مصر المستقلة ولا يجوز أن تستقل مصر ويبقى القضاء فيها أجنبياً . والمحاكم القنصلية يجب أن يطوى سجلها طيا لا نشر بعده ، والمحاكم المختلطة ينبغى أن يكون مفهوما أن مصيرها القريب إلى الزوال .

وإن تفاؤلى عظيم بالنتائج التى سيصل إليها هذا المؤتمر فى القريب العاجل . وسنمر قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية الغاء تاما بمرحلة انتقال ارجو الا تكون طويلة ، وتبقى المحاكم المختلطة فى مرحلة الانتقال هذه ويتسع اختصاصها . على انه ينبغى أن تمصر هذه المحاكم فى الفترة التى ستبقى فيها تمصيرا فعليا . وسبيلنا الى ذلك أمران : أولهما تحديد اختصاص المحاكم المختلطة فى الفترة القادمة ، فهذه المحاكم إذا كان سيتسع اختصاصها على حساب المحاكم القنصلية فانه ينبغى أن يضيق هذا الاختصاص لحساب المحاكم الأهلية وذلك من عدة وجوه .

الوجه الأول : تحديد معنى الأجنبى الذى يخضع للمحاكم المختلطة ، فالأجنبى الذى يخضع لهذه المحاكم فى هذا الدور الجديد لا يكون الا أجنبيا تابعا لدولة من الدول التى بقيت لها امتيازات بعد الحرب الكبرى . أما الأجانب الآخرون فيدخلون فى اختصاص المحاكم الأهلية .

والوجه الثانى : تحديد الدعاوى التى تنظر فيها المحاكم المختلطة ، وهذه يجب ان تكون مقصورة على الدعاوى التجارية والدعاوى المدنية المنقولة عدا ما سيضاف اليها من اختصاص المحاكم القنصلية ، أما الدعاوى العقارية حتى ولو كانت ما بين أجانب فتنتقل إلى اختصاص المحاكم الأهلية لأن العقار فى مصر كان خاضعاً لاختصاص المحاكم

المصرية بمقتضى أصل الامتيازات، ودخوله فى اختصاص المحاكم المختلطة كان محض افتئات على اختصاص المحاكم العامة للبلاد ، فيجب أن نسترد هذا الحق المغتصب .

والوجه الثالث : أن نقضى بنص صريح على نظرية الصالح المختلط التى صاغتها المحاكم المختلطة لتعدى إختصاصها إلى قضايا كل المتقاضين فيها مصريون بدعوى أن هناك صالحا لأجنبى ولو من بعيد .

والوجه الرابع : أن نحتاط فنجعل المحاكم الأهلية هى المختصة فى قضية جنائية يكون المتهم فيها مصريا حتى لو كان معه متهمون غير مصريين .

وهناك الأمر الثانى لتمصير المحاكم المختلطة وهو أمر يرجع لتشكيل هذه المحاكم . وهذه مسألة على جانب عظيم من الخطر . فان المحاكم المختلطة فى وضعها الحاضر محاكم مصرية اسما أجنبية فعلا . وليس لها من المصرية إلا بعض أوضاع شكلية ، والقلة من القضاة المصريين يجلسون إلى جانب كثرة من القضاة الأجانب لتكون القلة إزاء الكثرة مخفوضة الجناح مهضومة الحقوق ، فرئيس كل محكمة ابتدائية أجنبى ووكيلها أجنبى ورئيس محكمة الاستئناف أجنبى ووكيلها اجنبى ورئيس كل دائرة فى أية محكمة اجنبى ولا يجلس قاض منفرداً إلا إذا كان أجنبياً ولم يبق للقاضى المصرى إلا أن يكمل عدد اعضاء الدائرة ثلاثة أو خمسة حسب الأحوال ، ولغة التقاضى هى اللغة الفرنسية ، ويجوز أن تكون هذه اللغة هى الانجليزية أو الايطالية ، اما أن تكون العربية فهذا جائز قانونا محرم فى الواقع . وكل الاجراءات التى تقوم بها هذه المحاكم تدور بلغة أجنبية ، مع أن المصالح التى تبت فيها هى فى أكثرها مصالح مصرية ، ومع أن معظم المتقاضين أمام هذه المحاكم من المصريين . ينبغى أن يوضع حد لكل هذا ، وينبغى أن تكون المحاكم المختلطة فى فترة الانتقال محاكم مصرية اسما وفعلا . ولا يكون ذلك إلا إذا كان عدد القضاة المصريين فى كل محكمة مساويا على الأقل لعدد القضاة الأجانب وإلا إذا كانت نصف الدوائر غالبيتها من القضاة المصريين ولغتها العربية ورئيسها مصرى . هذا هو الحل الوحيد الذى يتفق مع الكرامة ومع المصلحة فإنه إذا كان يراد حقيقة أن تكون المرحلة القادمة مرحلة انتقال مؤقتة فيجب إذن أن

نعد العدة من الآن لما بعد هذا الانتقال ولا يكون ذلك إلا بتمصير المحاكم المختلطة على النحو الذى قدمناه حتى يسهل بعد ذلك أن ننتقل من هذا النظام المختلط الممصر إلى نظام مصرى محض فى مستقبل قريب.

يبقى امامنا بعد تسوية الامتيازات الأجنبية تسوية الامتيازات الطائفية. وهذه مسألة فى أيدينا نستطيع معالجتها بتشريع داخلى دون حاجة إلى مفاوضة دول أجنبية. ولا يحتاج الأمر إلا إلى شجاعة لمواجهة الحقائق وارادة صادقة فى إصلاح قضائى شامل. وقد لاح لحسن الحظ من التباشير ما يدل على أن وزارة الحقانية سائرة فى هذا الطريق. وأول ما تجب المبادرة إليه لتوحيد المحكمة المصرية هو ادماج المجالس الحسبية فى المحاكم الأهلية.

اما مسائل الأحوال الشخصية التى لا تزال باقية فى اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية فينبغى، بعد أن نضع لها قانونا موضوعيا شاملا يكون جزءا من قانوننا المدنى، ان ننظر فى ادماجها هى ايضا فى المحاكم الأهلية ولو تدريجا ومن طريق انشاء دائرة متميزة للاحوال الشخصية إلى جانب الدائرة المدنية والدائرة الجنائية، وبذلك تصبح هناك محكمة واحدة هى المحكمة المصرية. ولا فرق عندى بين ان تندمج المحاكم الأخرى فى المحاكم الأهلية أو أن تندمج المحكمة الأهلية فى المحاكم الأخرى فالمهم هو ان تتوحد كل هذه المحاكم وتصبح محكمة مصرية واحدة ونقضى على هذه النظم الرثة البالية التى تخلفت عندنا من القرون الوسطى، والتى فرضت علينا تعدد المحاكم، تبعا لتعدد الجنسية والدين.

بقى أن أشير إلى امر فى تنظيم القضاء، بدا لى فيه راى غير الرأى المعمول به فى الوقت الحاضر. فالطريقة التى اتبعناها فى تنظيم قضائنا حتى الآن هى الطريقة اللاتينية وهى تقضى بتعدد القضاة فى الدائرة الواحدة ولا يقل اعضاء الدائرة عن ثلاثة، وكل من مارس القضاء أو اتصل به يعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة هو الذى يستقل غالبا بالفصل فى القضايا. فتعدد القضاة فى المحاكم الابتدائية على الأقل لا تتحقق منه الفائدة المقصودة من جعل الأمر شورى بين قضاة متعددين، وأولى من ذلك أن نرجع إلى نظام وحدة القاضى ويعاد النظر فى تقسيم البلاد إلى

مناطق قضائية تكون كل منطقة منها أوسع من دائرة المحكمة الجزئية واضيق من دائرة المحكمة الكلية ، وينصب قاض واحد فى كل منطقة يكون المسئول عن القضاء فى دائرتها ويكون له اختصاص كل من المحكمة الجزئية والكلية فى منطقته ويساعده فى تأدية العدالة قاض مساعد أو قضاة مساعدون حسب الحاجة فيقوم هو بتوزيع العمل فيما بينهم ويكون مسئولا عنهم ويبقى لنفسه النظر فى القضايا الهامة وفى التظلم الذى يرفع إليه فى الأقضية التى يحكم فيها القضاة المساعدون طبقاً لاجراءات موضوعة ثم تتوزع مناطق القضاة على محاكم استئنافية اكثر عدداً من المحكمتين الموجودتين فى الوقت الحاضر . وفى الأخذ بهذه الطريقة مزيتان : أولاهما أن مسئولية القضاء فى كل منطقة تتركز فى قاض واحد بدلا من أن تتوزع على جملة اعضاء فتضيع المسئولية فيما بينهم . والمزية الثانية أن تنظيم القضاء على هذا النحو يقربه من المتقاضين ، فقاضى المنطقة ومساعدوه أقرب إلى المتقاضى من المحكمة الجزئية فى الوضع الحاضر ، ومحاكم الاستئناف المتعددة فى المشروع المقترح أقرب إلى المتقاضين من محكمتى الاستئناف الحاليتين فى مصر وفى أسيوط .

قدمت ايها السادة أن القضاء فى مصر المستقلة يجب أن يكون قضاء موحداً متمتعاً بضماناته ، وقد فرغت من الكلام فى توحيد القضاء ، وبقى أن اتكلم فى ضمانات القضاة ، ولا اشك فى أن قضاتنا قد أظهروا منذ تنظيم القضاء على النحو الحالى كفاية ونزاهة واستقلالا ، وهم أول من يدرك أن القضاء عليهِ واجبات وله حقوق ، فقضاتنا مستعدون أن يؤخذوا بالكفاية والنزاهة ، فلا يبقى منهم إلا الأكفاء النزهاء . وهم بعد ذلك يحق لهم أن يطلبوا ضمانا لأنفسهم كما قدموا هذا الضمان على أنفسهم . يحق للقضاة أن يطلبوا ضمانات كافية فى تعيينهم ونقلهم وترقيتهم وعزلهم . اما تعيين القضاة فينبغى أن يكون مرده الوحيد هو الكفاية والنزاهة ، ولايجوز أن يدخل أى اعتبار غير هذين الاعتبارين فى تعيين القضاة ، ولايكفى أن توضع القاعدة بل الواجب أن توضع طريقة محددة تكفل حسن تطبيق القاعدة ويكون من شأنها ألا يدخل فى زمرة القضاة إلا من كان أهلا للقضاء ، وكذلك الحال فى نقل القضاة وترقيتهم ، فالنقل لايكون إلا لمصلحة العمل وبطريقة تكفل المساواة فيما بين القضاة ، والترقية

لاتكون إلا للكفاية والمران وبطريقة تجعل القاضى فى مأمن من التأثر بسخط السلطة التنفيذية أو برضاها ، ويجب أخيراً أن يتمتع القاضى باستقلال كامل فى تأدية واجباته الدقيقة ، ولايتم له استقلاله إلا إذا كان أمر عزله غير منوط بالسلطة التنفيذية وهذا هو شأن القضاء الراقى فى العالم المتمدين .

٢ - واجبنا نحو المحاماة

ونترك القضاء بعد ما قدمناه فى شأنه لننتقل إلى المحاماة ، وقضية المحاماة أيها السادة قضية مستعصية الحل ، فالمحامون قبل غيرهم يشكون من تضخم عدد المشتغلين بالمحاماة ونزول مستواهم ، وقد اهتم كثيرون بالبحث عن علاج لهذا الداء ، وآخر علاج اقترح هو إغلاق جدول المحامين . ولا أعتقد أن هذا العلاج شاف بل هو من قبيل عمليات البتر الجراحية التى يلجأ إليها الطبيب عند ما تعييه الحيل ، وليس من العدل ولا من المصلحة أن يغلق باب المحاماة فى وجوه الأكفاء سنين عدة والمحاماة صناعة حرة قوامها المنافسة والنضال ، وخير من إغلاق باب المحاماة تنظيم هذه الصناعة على أسس جديدة تقتضيها الضرورات القائمة فأن أشد ما يشكو منه المحامون أمور ثلاثة .

أولا - كثرة عدد المشتغلين بالمحاماة وتوقع ازدياد عددهم زيادة كبيرة فى كل عام .

ثانيا - عدم تنظيم الأعمال فى المحاماة تنظيما يتلاءم مع طبيعتها مع تشعب هذه الأعمال المتنوعة المتباينة .

ثالثا - المشقة التى يقاسيها المبتدئون فى المحاماة عند التمرين ، إذ يترك كل مبتدىء يعانى صعاب المحاماة دون مرشد إلى أن يصل به الأمر غالباً إلى أحد سيئين : إما أن تضعف عزيمته فيهجر المحاماة بعد أن ييأس من النجاح فيها ، وإما أن يسلك للنجاح طريقا ملتوية لا تتفق مع كرامة المحاماة . وأقدم لكم ما عن لى فى كل أمر من هذه الأمور الثلاثة ، أما ازدياد عدد المشتغلين بالمحاماة وتوقع اطراد هذه الزيادة فى كل عام ، فخطر حقيقى يجب النظر فى تلافيه ، ولابد من أن تعالج المسألة من

أساسها ، وعندى أن السبيل إلى ذلك هو أن يحدد لكل دائرة قضائية عدد من المحامين يكفى للقيام بأعمال المحاماة فى هذه الدائرة دون أن يقاسى المحامى من كثرة العدد إلا المنافسة المشروعة وما يترتب عليها من بقاء الأصلح ، وسبيلنا فى تحديد هذا العدد هو الاحصاء ، فنحصى قضايا الدائرة لعدة سنوات خلت ونبنى تحديد العدد اللازم على هذا الحساب ونجيز مراجعة مقتضيات العمل ، ومتى تم تحديد عدد المحامين فى كل دائرة قضائية ألزمنا كل محام أن يسجل اسمه فى دائرة واحدة فيتوزع المحامون على هذه الدوائر المختلفة توزيعاً أقرب إلى مقتضيات العمل وحاجاته من التوزيع الحاضر ، ويرحل كثير من محامى المدن إلى الأرياف حيث لايزال ميدان العمل متسعاً وأعتقد أنه متى عدل توزيع المحامين على المناطق القضائية على النحو المتقدم نجد أن كثيراً من المناطق لايزال غير كامل العدد ، فهذه الأمكنة الخالية التى لم تملأ مضافاً إليها الأمكنة التى تخلو من المحامين الذين يعتزلون العمل (وعندى أن من الواجب تنظيم طريقة لاحالة المحامى بالمعاش) هى الأمكنة التى تعرض على من أتم تمرينه من المحامين الناشئين يشغلونها بعد مسابقة تجرى فيما بينهم ، ويشغلونها بالدور حسب ترتيبهم فى هذه المسابقة بهذه الطريقة نكفل وقوف المحامين عند العدد الذى تقتضيه حاجة العمل مع فتح الباب للكفاية ، وقصر المحاماة على الأصلح .

أما تنظيم أعمال المحاماة المتشعبة فأمر ضرورى . والمحامى فى مصر يجمع بين وظائف ثلاث . هو محام مترافع ، وهو محامى إجراءات ، وهو موثق للعقود . وهذه الوظائف الثلاث منفصلة فى البلاد الأخرى بعضها عن البعض الآخر ، وفى فرنسا المحامى المترافع Avocat غير محامى الاجراءات Avoué غير موثق العقود Notaire وأرى الخير أن يفصل عندنا ما بين هذه الوظائف الثلاث فيتسع مجال العمل أمام المحامين ويتخصص كل فى العمل الذى أعدته له كفايته الطبيعية . وعندى أنه ينبغى أن يراعى هذا التخصص فى الدرساة القانونية ، وأن تنشأ فى كلية الحقوق اقسام مختلفة لتخريج المشتغلين بكل وظيفة بهذه الوظائف .

بقى تنظيم التمرين للمحامين الناشئين . وأحب أن تدركوا جميعا ما يساور المحامى الناشىء من القلق . وما يكتنفه من المصاعب ، وهو يجتاز اول دور من ادوار المحاماة ، وهو التمرين ، يتقدم إلى ميدان لايعرفه ،

وليس لديه من سلاح يناضل به فى هذا الميدان . تنقصه الخبرة العملية ، وهو لم يتلق فى دراسته ، ولا يستطيع أن يتلقى إلا اسسا نظرية لا تفيده كثيرا فى هذا الدور الأول ، ويترك إلى رحمة المحامين الذين سبقوه الى المحاماة يستغل ولا يؤجر . وعندى أن تنظيم التمرين ضرورى لصناعة المحاماة ، لاسيما إذا حدد عدد المحامين على الوجه الذى قدمناه وأرى ان يفرض على كل محام قديم ان يأخذ عدداً من الناشئين يقضون فترة التمرين فى مكتبه ، بشروط يلزم بها الطرفان ، وأن ينشأ مكتب عام للتمرين ، ينتدب لادارته العدد الكافى من المحامين ، وتغذية قضايا المعافاة والانتداب ، فتتاح الفرصة لكثير ممن لايجدون مكانا للتمرين فى احد المكاتب أن يقضوا فترة التمرين فى هذا المكتب بشروط معقولة وبطريقة منظمة تكفل لهم التوفر على المران اللازم والاستعداد الكافى للتقدم إلى المسابقة التى ينخرطون بعدها فى سلك المحامين .

هذه هى الآراء التى عنت لى لتنظيم المحاماة على أسس جديدة ، ابسطها بسطا سريعا فان المقام لا يتسع للافاضة والأسهاب ، على أن تكون هذه المسألة الخطيرة موضوع دراسة عميقة فى وقت قريب فان المحاماة فى حاجة إلى إصلاح شامل عاجل .

وانتقل من المحاماة إلى الفقه ودراسة القانون .

٣ - واجبنا نحو الفقه ودراسة القانون

وهنا يبدو معهد الحقوق نقطة الارتكاز فى هذا البحث ، ويحسن أن نشير هنا إلى مسألتين : أولاهما واجب كلية الحقوق نحو تدريس القانون ، وعلى أى أساس يرتكز هذا التدريس . المسألة الثانية واجب الفقهاء عامة نحو الفقه القانونى .

أما تدريس القانون فى مصر فنواجه فيه مسألة دقيقة . هل نعتبر هذا التدريس تدريساً فنياً عملياً يعد لاحتراف مهنة ، او نعتبره تدريساً علمياً فقهيا يزود الطالب بثقافة قانونية عامة ؟ وعندى أن تدريس القانون يجب ان يكون علميا فى مرحلته الأولى ، -عملياً فى مرحلته الثانية . ويمكن اعتبار كلية الحقوق كلية للثقافة من ناحية ، وكلية لتعليم الحرفة من ناحيه

اخرى . وإذا كان الغالب أن يدرس الطالب القانون ليتخذه حرفة له إلا أن هذا لايمنع من انه يدرسه أيضا ليتثقف فان الثقافة القانونية أصبحت ضرورية فى المدنية التى نعيش فيها ، لاسيما بعد أن تقدمت الديمقراطية فى مصر ، وأصبح كل مصرى مطالبا بأن يعنى بشؤون بلاده العامة فى عهد الاستقلال . أما الحاجة العملية فأول ما يقع فيها من الواجبات على الكلية هو أن تعد أساتذة للقانون ، فان المكانة العلمية للكلية تقدر بقيمة اساتذتها . واسمحوا لى أن اشير فى هذا المقام إلى الجهود القيمة التى يبذلها أساتذة القانون فى خدمة العلم ، وإلى الشجاعة العظيمة التى يلقون بها ما يلحق بهم من التضحيات المادية ليتوفروا على القيام بواجباتهم . على أن الكلية فى عهد الاستقلال تدرك ما ألقى على عاتقها من تبعات . وهى فى سبيل تكوين طائفة من خيرة الشباب المتخرجين ليكونوا أساتذة للقانون فى المستقبل . ولا ينبغى أن تقتصر كلية الحقوق فى جهودها العلمية على دائرة المناهج الرسمية فام أمامها واجبات خطيرة فى ميادين النشاط العلمى . عليها أن تنشىء إلى جانب الفصول الرسمية معاهد ذات صبغة علمية محضة ، وأن تنظم محاضرات عامة للثقافة القانونية ، وأن تساهم فى المؤتمرات العلمية العالمية ، وأن تتبادل الأساتذة والطلاب مع الجامعات الكبرى . وعليها بعد كل هذا وفوق كل هذا أن تقف جانبا من نشاطها العلمى على البلاد العربية الشقيقة ، فان هذه البلاد تتطلع إلى مصر فى نهضتها العلمية ، ولمصر عندها مكانة كبيرة يعرفها كل من اختلط بأهل هذه البلاد . فكلية الحقوق وهى أكبر معهد قانونى فى البلاد العربية تحمل بحكم هذا المركز تبعات جسيمة نحو هذه البلاد . ويسرنى أن أقرر أن كليتنا قد سارت بعض خطوات فى هذا الطريق فتعاونت منذ العام الماضى مع معهد قانونى من اكبر المعاهد العربية هو كلية الحقوق ببغداد ، وإنى أحيى من فوق هذا المنبر هؤلاء الأساتذة المصريين الذين أوفدوا فى العام الماضى وفى هذا العام ليتعاونوا مع أساتذة القانون فى العراق لتدريس العلوم القانونية والاقتصادية فى معهد الحقوق ببغداد ، كما أحيى الطلبة العراقيين أعضاء البعثة الحقوقية الذين أوفدتهم الحكومة العراقية هذا العام إلى كلية الحقوق بمصر ليدرسوا القانون فيها وليكونوا فى المستقبل أساتذة القانون فى العراق . وإنى موقن أن من أهم واجبات كلية الحقوق

بمصر أن تتعاون مع المعاهد القانونية فى البلاد العربية الأخرى تعاونها مع معهد القانون فى العراق.

هذا هو الجانب العلمي من دراسة القانون. اما الجانب العملى فمتشعب تشعب الحياة العملية، وكلية الحقوق تعنى بهذه الناحية عنايتها بالناحية العلمية، ففيها معاهد عملية يتخصص فيها الطالب لدراسة العلوم الجنائية والعلوم الاقتصادية والعلوم المالية وسيكون بها قريباً معاهد للتخصص فى العلوم السياسية والعلوم الادارية. وأود بهذه المناسبة لو تتاح الفرصة لأساتذة القانون أن يتصلوا عن قرب بالحياة العملية بطريقة أو بأخرى فان الناحية العملية لايجوز اغفالها فى تكوين أستاذ القانون.

بقيت واجباتنا نحو الفقه القانونى وأول واجباتنا فى هذا الميدان هو تمصير الفقه. لا أشك فى أن مصر تقدمت فى الفقه تقدماً كبيراً بفضل جهود الأعلام من فقائها. وقدبدت تباشير النهضة الفقهية فى مصر منذ أصبحت دراسة القانون باللغة العربية، فتناول الفقهاء المصريون كل فرع من فروع القانون وشرحوه إيجازاً وتطويلا، وساهم رجال القضاء فى هذه النهضة الفقهية بنصيب. على أن نهضتنا الفقهية يشوبها عيب جوهرى، فنحن فى جهودنا الفقهية مقلدون ولم نجاوز التقليد الى الاجتهاد، وفى الحق ليس هذا عيباً إنما هو دور طبيعى من أدوار النهضة الفقهية، بل هو أول أدوارها فقد كان طبيعيا وقوانيننا مأخوذة بجملتها من القوانين الفرنسية والفقه الفرنسى فى الاوج من نهضته وازدهاره أن يتجه فقهاؤنا الى هذا الفقه فينقلوه كما هو أو ينقلوه بعد تحوير قليل، أما فى هذا العهد الجديد عهد الاستقلال فالواجب أن نستقل بفقهنا فلا نبقى عيالا على الفقه الفرنسى، ولست أريد بذلك أن نباعد ما بيننا وبين الفقه الغربى فنحن لانزال فى أشد الحاجة الى هذا الفقه إنما أريد أن ننظر الى هذا الفقه بعقولنا وأن نستوعبه ونقف على أسراره حتى نتمكن من أن نضيف اليه شيئاً جديداً مبتكراً من عندنا فيرى العالم فقهاً مصرياً كما رأى فقهاً فرنسيا وفقهاً ألمانياً، ونساهم بذلك فى حركة الفقه العالمية. وأرى أن خير الوسائل للوصول الى هذه الدرجة من الاجتهاد هو أن نعمد الى مخلفات اجدادنا الأقدمين وتراث أسلافنا الزاهرة بالقوى

الصلب من المبادىء الفقهية ، فنحن أيها السادة أمة فقه قديم ، وقد أظلت سماء هذه البلاد مدى قرون طويلة شريعة من اقوى الشرائع نظاماً وأصلبها عوداً هى الشريعة الاسلامية ، فما بالنا نتنكر لها اليوم وقد وسعت فى الماضى امبراطورية من أكبر وأضخم الامبراطوريات التى يعرفها العالم ، الشريعة الاسلامية بشهادة فقهاء الغرب انفسهم من أكبر الشرائع العالمية ولم يعرف العالم شريعة أوسع انتشاراً وأرسخ أساساً إلى جانب الشريعتين الرومانية والانجليزية مثل الشريعة الاسلامية ، فما بال *الغريب يعرف هذا الفضل ونحن ننكره ، وما بال هذه الكنوز تبقى مغمورة* فى بطون الكتب الصفراء ونحن فى غفلة عنها نتطفل على موائد الغير ونتسقط فضلات الطعام . فمهمتنا فى الفقه أيها السادة ليست إذن عسير وليس علينا أن نخلق فى هذه المرحلة التى نجتازها فقهاً جديدا ، ففقهنا القديم موجود ، وعلينا أن نأخذ فى دراسة الشريعة الاسلامية طبقاً للأساليب الجديدة وأن نقارن بينها وبين شرائع الغرب وإنى زعيم لكم بأن تجدوا فى ذخائر الشريعة الاسلامية من المبادىء والنظريات ما لا يقل فى رقى الصياغة وفى احكام الصنعة عن أحدث المبادىء والنظريات وأكثرها تقدما فى الفقه الغربى ، ومتى تمت لنا دراسة الشريعة الاسلامية ومقارنتها بالشرائع الغربية على هذا الأسلوب الجديد امكننا أن نطالع العالم بفقه مصرى له طابعه الخاص وله مقوماته وادلته الذاتية ، فإن الشريعة الاسلامية هى شريعة الشرق ووحى احكامه ومتى ألفنا بينها وبين الشرائع الغربية فروح من الشرق وقبس من نوره يضىء طريقنا للمساهمة فى نهضة الفقه العالمية .

٤ ـ واجبنا نحو التشريع :

وواجبنا نحو الفقه يوحى إلينا بواجبنا نحو التشريع وهذه هى المسألة الأخيرة التى أتناولها فى هذه المحاضرة ، وأقول هنا ايضا انه كما يجب ان نستقل بفقهنا يجب كذلك أن نستقل بتشريعنا . نحن مقبلون على دور خطير من أدوار التشريع فى تاريخ مصر ، فها هى ذى اللجان المختلفة قد شكلتها وزارة الحقانية لمراجعة شتى القوانين المصرية ، ونحن نستقبل عصراً فى التشريع يقرب فى النشاط من العصر الذى أنشئت فيه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ونظمت فيه المحاكم الشرعية ، فقد كان ذلك

العصر فى الربع الأخير من القرن التاسع عشر مظهر نشاط عظيم فى التقنين ، فوضعت فيه التقنينات المصرية من مختلطة وشرعية وأهلية . واليوم نشعر ان الوقت قد حان لمراجعة ما وضعناه من تقنينات منذ أكثر من نصف قرن ، فهل نسير اليوم كما سرنا بالأمس نستعير قوانين مشوهة محرفة من بعض القوانين الغربية فتجيء على هذا القدر الفاضح من القصور والغموض والنقص ؟

إن مصر المستقلة أيها السادة فى حاجة إلى قانون مستقل لا يكون مجرد صورة مشوهة من القوانين الغربية والقانون المدنى بنوع خاص يجب أن يكون قانوناً موحداً كاملاً . موحداً يطبق على المصريين والأجانب وكاملا يشمل الأحكام الخاصة بالمعاملات والأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية . إذا قضى علينا أن نستمر حقبة من الزمن خاضعين لنظام يفرض علينا تعدد المحكمة فلا أقل من أن نصل منذ الآن إلى نظام يكفل لنا وحدة القانون .

ونحن فى مراجعتنا للقانون المدنى مراجعة شاملة عامة نستطيع أن نستهدى بتجاربنا الخاصة نتلمسها فى قضاء محاكمنا وهو قضاء تكون وتدعم فى أكثر من نصف قرن ، ونستطيع أن نهتدى بنماذج من التشريع الحديث دون أن نتقيد بتشريع معين بل نختار من التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية وغيرها من التشريعات الغربية الأخرى ما يتفق مع تقاليدنا القانونية ، وما يتمشى مع مزاج الأمة وما يسد حاجتها المتنوعة .

والأمر الجوهرى هو الا نكرر الخطأ الذى وقعنا فيه فى القرن الماضى ، فنقصى الشريعة الاسلامية من بين المصادر التى نكثر من الرجوع إليها ، فالشريعة الاسلامية كما رايتم مصدر خصب لتشريع يوضع لبلاد شرقية عربية ، وليس فى اتخاذها مصدرا ما يتنافر مع صلتنا الوثيقة بالتشريعات الغربية . ومن اليسير التوفيق بين مبادىء هذه التشريعات ومبادىء الشريعة الاسلامية ، فلا يجوز أن يعترض علينا ونحن فى سبيل الغاء الأمتيازات الأجنبية بأننا سنأتى للاجانب بتشريع يتنافر مع تشريعاتهم التى ألفوها ، بل أن هناك من مبادىء الشريعة الاسلامية مالو ادخل فى القانون المصرى لعد متقدما من هذه الناحية على الشرائع الغربية .

والذى يدعونى إلى التشديد فى وجوب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية عند مراجعة تشريعنا المصرى اعتباران : اعتبار علمى فنى، واعتبار وطنى قومى. فالاعتبار العلمى الفنى قد نستمده من خلال ما تقدمت به اليكم من رقى الشريعة الاسلامية وصلاحيتها لأن تكون اساسا لنهضة عالية فى الفقه والتشريع. أما الاعتبار الوطنى القومى فاقف عنده قليلا.

تعلمون أيها السادة ان مصر الآن فى مفترق الطرق فهى بين الشرق والغرب يتنازعها الجانبان وهى بعد أن استقلت ينبغى أن ترسم لنفسها خطة تسير عليها. هل هى تريد أن تميل إلى جانب الغرب وأن تستعير المدنية الغربية فتلبس ثوبا غير ثوبها، وتقلد مدنية غير مدنيتها فتبقى متخلفة عمن تقلده وتقنع من كل ذلك بالانتماء إلى المدينة الغربية ذات الصولة والبأس. أم هى تريد أن ترجع إلى أحضان الشرق دون أن تجافى المدنية الغربية وتحتل مكانها بين البلاد العربية فترفع لواء الشرق العربى بين امم الغرب فإذا مصر المستقلة وحولها أمم يغضبون إذا غضبت ويرضون إذا رضيت ؟

إذا كنتم تؤثرون الأمر الثانى وانتم لا شك تؤثرونه فلنرجع فى ثقافتنا القانونية إلى الفقه الاسلامى ولنجعل من هذا الفقه صلة بيننا وبين سائر الأمم العربية، ولنوثق روابطنا بهذه الأمم، فنحن أمة شرقية ولنا ماض مجيد فى زعامة الشرق، فمن الخير أن نصل حاضرنا بماضينا وأن نتعاون مع جيراننا الأقربين ونحن اخوانهم فى اللغة والدم.

ايها السادة. اننا نحمل تبعات جسيمة فى هذا العهد الجديد، فالاستقلال مسئولية قبل أن يكون حرية، وله تكاليف يجب أن نضطلع بأعبائها، ولا شك فى اننا امة أثبتت انها تصلح للبقاء ولها أن تطمح إلى مكان الزعامة، فليكن شعارنا فى هذا العهد الجديد هو الاستقلال لنكسب استقلالنا فى كل شىء. ولقد كسبناه فى السياسة، فلنكسبه أيضا فى القضاء وفى الفقه وفى التشريع.

مقدمة
كتاب الامتيازات الأجنبية

تتضمن
بحثاً تحليلياً فى المقترحات البريطانية
المعروضة على مصر بشأن الامتيازات

بقلم
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى
أستاذ مساعد بكلية الحقوق

مقدمة الكتاب

أحسنت لجنة التأليف والترجمة والنشر فى أن تضم الى مجموعتها القيمة كتاباً فى الامتيازات الأجنبية، وأحسن مؤلف هذا الكتاب فى معالجة موضوع من الموضوعات الحيوية التى تؤثر فى حياة مصر الاجتماعية والاقتصادية، وأحسن كل من اللجنة والمؤلف فى اختيار هذا الظرف لنشر هذا الكتاب القيّم، فحديث الامتيازات الأجنبية جدير أن يشغل كل مفكر فى هذا البلد، لاسيما فى الوقت الحاضر والمقترحات البريطانية معروضة على البرلمان المصرى، وتعديل نظام الامتيازات الأجنبية مسألة من المسائل الأساسية فى هذه المقترحات.

ولست أتردد فى أن أقدم لجمهور القراء هذا الكتاب الجدير بالعناية، بعد أن بذل المؤلف فى كتابته مجهوداً موفقاً، استطاع من ورائه أن يبسط لأبناء وطنه، بعبارة طلية شيقة، ما هى هذه الامتيازات التى يتمتع بها الأجانب فى مَصر من عهد قديم، وما نشأ عن هذه الامتيازات، أو بالأوْلى عن التعسف فى استعمال هذه الامتيازات، والتوسع فيها توسعاً يتناقض مع المعاهدات والعرف الدولى، من الاضرار بمصالح مصر القضائية والاقتصادية، وما أدت اليه من انتقاص لسيادة الدولة المصرية، وأخلال بميزان المساواة بين المصريين والأجانب. فبعد أن كان الأصل أن صاحب البلد يمتاز على الأجنبى، انقلبت الآية فى مصر، وأصبح الأجنبى هو الممتاز، والمصرى هو الذى ينادى بوجوب المساواة وبين الأجنبى.

وقد بيّن المؤلف بوضوح أن استناد الامتيازات الأجنبية الى «العادات المرعية» بجانب المعاهدات الدولية لا أساس له فى القانون، وإنما هو كما يقول «نتيجة الأمر الواقع المبنى على التحكم من جانب الغربيين، وعلى التفريط والاهمال من الجانب المصرى».

ونكر بأسهاب جميع الأدوار التى مرت بها محاولات الخديوى اسماعيل ووزيره نوبار لتعديل نظام هذه الامتيازات تعديلا يجعلها أقل اجحافاً بمصالح الدولة المصرية والرعايا المصريين، حتى انتهت هذه

المحاولات الى انشاء المحاكم المختلطة . وكان دقيقاً فى بيان الاخطاء التى ارتكبتها مصر فى فترة المفاوضات ، وان كنا نرى أن هذه « الأخطاء » قد أجبر عليها المتفاوضون المصريون من جراء تشدد الدول ، لاسيما الدولة الفرنسية ، فى التمسك بامتيازاتها ، ولم يكن لدى مصر فى ذلك الحين من القوة ما تستطيع به أن تلزم الدول الحجة ، وتقنعها بعدالة مطالبها ، وقد سلم المؤلف نفسه بأن الظروف ربما كانت لا تساعد على تجنب هذه الأخطاء فهى مهما كانت عظيمة « فانها قضت على جزء عظيم من أسباب الفوضى القضائية بمصر ، ووضعت أساساً قوياً لعدالة محترمة كان لها فضل كبير فى قيام صرح البلاد الاقتصادى ببعث الثقة فى نفوس المتعاملين الأجانب قبل المصريين » .

ثم أشار المؤلف الى موقف انجلترا ازاء الامتيازات الأجنبية بعد احتلالها للبلاد ، فبيَّن كيف أنها لم تقف فى سبيل هذه الامتيازات ، بل تركتها تقوى وتنمو ، وذلك خشية أن تثير مخاوف الدول ، لاسيما فرنسا ، وحتى تتجنب احتجاج هذه الدول على الاحتلال غير الشرعى . وذلك إلى أن وقعت الاتفاقية المشهورة بين انجلترا وفرنسا سنة ١٩٠٤ . وهنا تعقب المؤلف المشروعات المتوالية التى حاولت انجلترا أن تعدل بها نظام الامتيازات الأجنبية فى مصر منذ ذلك الحين ، على أساس تركيز هذه الامتيازات فى يدها وحدها دون غيرها من الدول .

فبدأ يبسط آراء اللورد كرومر ، وهى تتلخص فى انشاء هيئة مختلطة قليلة العدد من المصريين والأجانب ، تعرض عليها القوانين المراد بها أن تسرى على الأجانب ، ولا تكون قرارات هذه الهيئة نافذة الا بعد تصديق الحكومتين المصرية والانجليزية . ثم أشار إشارة موجزة الى مشروع السير برونيات ، وكنا نود لو ألم بهذا المشروع بعض الالمام ، كما فعل فى المشروعات الأخرى ، حتى يكون الكتاب وافيا من هذه الناحية .

وتناول بعد ذلك مشروع سير سسل هرست ، ولاحظ أن هذا المشروع قد ربط مسألة تعديل الامتيازات الأجنبية بمسألة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا . والمؤلف لا يوافق على ربط المسألتين احداهما بالأخرى ، ويرى فى ذلك تعطيلا لحل مسألة الامتيازات ، ووسيلة تتذرع بها انجلترا لحصر ما توزع بين الدول فى يدها . ثم نظر بعد ذلك فى محتوياتالمشروع .

ويخيل الينا أنه لم يرجع فى ذلك الى النصوص الأصلية ، بل اعتمد على المحاضرة القيمة التى القاها الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى نقد المشروع وبيان عيوبه ، وسنشير الى هذه المحاضرة فيما يلى :

وأشار بعد ذلك الى النصوص المتعلقة بالامتيازات الأجنبية فى مشروع اللورد كرزون . وانتقل منها الى مشروع ثروت ـ شامبرلان ، وقد افاض فى ذكر ماورد فى هذا المشروع خاصا بالامتيازات ، ونقل ذلك عن مصادره الأصلية . وحسنا فعل ، فأن هذا المشروع يعتبر بحق الأساس الذى بنيت عليه المقترحات الحالية . وقد أشار المؤلف الى هذه المقترحات كآخر حلقة من السلسلة ، وعلق عليها تعليقا موجزا ، ومن رأيه أنه إذا نفذت كان ذلك من شأنه أن يزيد النفوذ البريطانى فيما يتعلق بالقضاء والتشريع بمصر .

وقبل أن نكمل متابعة المؤلف ، نوجه نظر القارىء الى أهمية المقترحات الحالية فى الظروف الحاضرة ومصر على باب المفاوضة مع انجلترا لتسوية العلاقات بين البلدين ، وقد رأينا أن ننتهز هذه الفرصة لبحث هذه المقترحات فى الجزء الخاص منها بالامتيازات ، فخصصنا لذلك القسم الثانى من المقدمة ، ونزعنا فى التحليل والنقد نزعة تختلف بعض الشىء عن نزعة الكتاب ، فاقتصرنا على الناحية القانونية حتى نضم بذلك مجهودنا الى مجهود المؤلف ، وتوخينا أن نشير بشىء من التفصيل الى العيوب التى رأينا أن نوجه اليها نظر المفاوض المصرى ، حتى يعمل على اصلاحها ، فى مفاوضته مع انجلترا أولا ، ثم فى مفاوضته مع الدول ذوات الأمتيازات ثانيا . ورجونا من وراء ذلك أن نستحث رجال القانون على بحث هذه الموضوع الخطير فى دوره الحاضر بحثا فنيا عمليا ، يساعد المفاوض المصرى على أداء مهمته الشاقة فى مرحلتيها .

وقد ختم المؤلف الكتاب بفصل عقده لبيان ما يحيق بمصر من الأضرار من جراء نظام الامتيازات ، فوصف الى أى حد يقف هذا النظام عقبة فى سبيل الاصلاح المالى والاجتماعى فى هذه البلاد ، بسبب جمود نظام الضرائب .

ثم اتى على امثلة من جهود مصر فى الوقت الأخير للتحرر من قيود الامتيازات ، فأشار الى مشروع تعديل الرسوم الجمركية ، والاتفاق الذى

تم مع المانيا فى سنة ١٩٢٥ ، والمذكرة المصرية التى أرسلها المرحوم ثروت باشا للدول فى سنة ١٩٢٧ ، والمعاهدة التى عقدت مع ايران فى سنة ١٩٢٨ ، وتعديل نص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

وللمؤلف فى نهاية كتابه اقتراحات سديدة ، فهو يشير على الحكومة بأن تتبع نظام التدرج التصاعدى فى ضريبة العقار ، وبأن تضم ضريبة الخفر الى الضريبة العقارية . ثم يعود فيشير بضرورة فصل مسألة الامتيازات عن مسألة تسوية العلاقات بين مصر وانجلترا ، ويرى أن فى الامكان تهديد الدول التى لا توافق على تعديل نظام الامتيازات بعدم تجديد اتفاقية المحاكم المختلطة بالنسبة لرعاياها ، والرجوع الى نظام المحاكم القنصلية كما كان مطبقاً قبل انشاء المحاكم المختلطة ، ونحن لانرى فى هذا الاقتراح شيئاً خيالياً ، بل قد خطر لنا ذلك الأمر قبل أن نقرأه فى الكتاب ، وقلبناه على وجوهه ، فألفيناه غير بعيد عن أن يكون اقتراحاً عملياً منتجاً ، لاسيما إذا نظر اليه لا باعتبار أنه سينفذ فعلا ، بل على أنه سيكون وسيلة لتهديد الدول التى تقف في سبيل اصلاح نظام الامتيازات ، وهذه سوف لاتصر على موقفها طويلا ، متى وقفت مصر وقفة الحزم فى ذلك . وقد تقدمنا بهذا الاقتراح نفسه الى الحكومة المصرية كما سيتبين للقارىء فيما يلى .

ومن مزايا الكتاب انه مكتوب للجمهور ، فلم يتبسط المؤلف فى درس المسائل القانونية الجافة دراسة فنية ، بل أشار إليها مبسطاً اياها بقدر الامكان ، حتى يقر بها إلى فهم من لم يتوفر على دراسة القانون . والغرض الأول من الكتاب هو نشر الدعوة بحق ضد نظام الامتيازات الأجنبية ، لذلك نرى فى أسلوب المؤلف شيئاً من حدة التحمس والغيرة ، هى طبيعية فى لهجة مصرى يبسط وجهة النظر المصرية فى مسألة كمسألة الامتيازات كانت باباً مفتوحاً لاعتداءات متكررة من جانب الدول ذوات الامتيازات على حقوق المصريين وسيادة الدولة المصرية . والنقد فيه سليم وقوى ، وتتغلب فيه الناحية التاريخية والسياسية ، وهى الناحية الجذابة التى تجعل القارىء يقبل على قراءة الكتاب فلا يدعه حتى يتمه . لذلك يحق لنا أن نبسط الرجاء فى أن يحدث نشر هذا الكتاب أثره الطيب فى نفوس القراء فى وقت هم أشد ما يكونون حاجة إلى الالمام بهذه المسألة ، عند ما توضع قريباً موضع البحث الدقيق فى المفاوضات المقبلة .

وخلاصة القول أن كتاب «الامتيازات الأجنبية» قد سد فراغاً حقيقياً بين المؤلفات باللغة الغربية، ولا أعلم أن اللغة العربية رزقت فى هذا الموضوع قبل هذا الكتاب إلا بكتاب للمرحوم عمر بك لطفى، ولكنه كتاب صغير قدم عليه العهد، ولا يغنى عن كتاب تبسط فى بحث الموضوع، وتناوله من نواح متعددة، وجمع شتات ما تفرق منه، ووصل فيه الماضى بالحاضر، كالكتاب الذى يسرنى أن أقدمه اليوم إلى القراء.

- ٢ -

ننتقل الآن إلى بحث المقترحات البريطانية المعروضة على مصر، فيما يتعلق منها بالامتيازات الأجنبية.

جاء فى الفقرة السادسة من هذه المقترحات: «تعترف حكومة جلالته البريطانية بأن تبعة المحافظة على أرواح الاجانب فى مصر واملاكهم تقع من الآن فصاعدا على عاتق الحكومة المصرية، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن».

وجاء فى الفقرة الحادية عشرة: «يعترف جلالة ملك بريطانيا العظمى بأن نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة، وعليه فان جلالته البريطانية يتعهد ببذل كل ماله من نفوذ لدى الدول ذوات الامتيازات فى مصر لنقل اختصاص المحاكم القنصلية الحالى الى المحاكم المختلطة، وتطبيق التشريع المصرى على الأجانب بشروط تضمن مصالحهم المشروعة».

وجاء فى أحدى المذكرات البريطانية المرفقة بالمقترحات ما يأتى:

«من المفيد أن أبين لدولتكم الخطة التى ارى من الممكن أن يجرى عليها أصلاح نظام الامتيازات، إذ سأكون مستعدا لتأييد مساعى الحكومة المصرية لعقد اتفاقات مع الدول على أساس هذه الخطة، متى بدىء بتنفيذ المعاهدة المبنية على هذه الاقتراحات - فى سنة ١٩٢٠، بينما كانت المفاوضات دائرة بين الحكومتين البريطانية والمصرية، كان يرجى وضع التدابير لتلغى الدول الأجنبية محاكمها القنصلية فى مصر، وعليه تم أعداد مشروعات قوانين، فى تلك السنة لتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة،

بحيث يشمل الاختصاص الحالى للمحاكم القنصلية ، وسأكون مستعدا للاتفاق على اعتبار مشروعات تلك القوانين أساسا لأصلاح الامتيازات ، أذا رضيت الدول الأجنبية بنقل اختصاص المحاكم القنصلية الى المحاكم المختلطة . اما فيما يتعلق بالتفاصيل فلاشك أن الحاجة ستدعو الى تغييرات كثيرة ، وهذه يجب أن يبحث فيها الخبراء . على أن هنالك بعض تعديلات أعتقد انها ستكون ضرورية على اى حال ، وانا أرغب أن انتهز هذه الفرصة لاذكرها لدولتكم : قد يصعب على بعض الدول أن ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية الى المحاكم المختلطة ، فنقلها فى هذه الحالة يجب أن يكون اختياريا ، والاختصاص فى هذه الأمور يجب أن يظل للسلطات القنصلية ، إلا إذا تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية ذات الشأن على نقل ذلك الاختصاص الى المحاكم المختلطة ، واننى أتوقع الاتفاق على أن تخول المحاكم المختلطة الاختصاص فى هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين . اما فى حالة العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب وفى حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم ، فان وزير الحقانية يستشير المستشار القضائى مادام هذا الموظف باقيا ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملك . اننى أعترف بأن الأحوال التى تطبق فيها الامتيازات فى الوقت الحاضر ، فيما يتعلق بسلطة الحكومة المصرية فى سن قوانين تسرى على الأجانب أو فرض ضرائب عليهم ، لاتتفق مع الأحوال الحاضرة . وسأكون مستعدا للاتفاق على أن تقوم الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة فى المستقبل بأبداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريع المصرى ومن ضمنه التشريع المالى على الأجانب الا فى حالة التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فأنه لاينفذ الا بموافقة الدول عليه ، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة أن تتثبت من أن التشريع المشار إليه لايناقض المبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية لايوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الأجنبية . وأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائى يستلزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات ، وفى مشروعات القوانين التى أعدت فى

سنة ١٩٢٠ بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (أنظر المواد ١٠ - ٢٧ من القانون رقم . . . الصادر فى ١٨ أبريل سنة ١٩٢٠) ولاشك أن دولتكم توافقوننى على أن قانون العقوبات الجديد يجب ألا يحيد عن المبادىء المقررة بتلك المواد . وهنالك بضع مسائل لابد فيها من الوصول الى اتفاق بين الحكومة المصرية وحكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة ، على أننى لا أعتقد أن من اللازم عمل أى شىء فى الوقت الحاضر اكثر من مجرد ذكر هذه المسائل . فاما الأولى فهى تعريف كلمة « أجنبى » فيما يتعلق بالتوسيع المقترح لاختصاص المحاكم المختلطة . اننى أفهم من كلام دولتكم أن القوانين التى تنفذها المحاكم الأهلية بمصر فى الوقت الحاضر تجعل جميع الأشخاص المقيمين بمصر خاضعين للمحاكم الأهلية ، ماعدا أولئك الذين يخرجون من اختصاصها أما بحكم قانون أو عرف أو معاهدة ، فأنا اقبل هذا المبدأ ، بشرط أن يكون مفهوما أن جميع الأجانب الذين كانوا يتمتعون بنظام الامتيازات فيما مضى يصبحون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة ، بقطع النظر عن تغييرات السيادة القومية التى طرأت بعد حرب سنة ١٩١٤ - ١٩١٨ . وأما الثانية فهى زيادة موظفى المحاكم المختلطة زيادة سيستلزمها توسيع اختصاصها واختصاص وظيفة النائب العمومى الجديدة للمحاكم المختلطة والموظفين الذين ستدعو الحاجة اليهم لتمكينه من القيام بتلك الواجبات على وجه يدعو الى الارتياح ، ويؤخذ رأى المستشار القضائى مادام باقيا بشأن تعيين القضاة الأجانب فى المحاكم المختلطة ، وتعيين رجال النيابة الأجانب أذا لزم » .

* * *

يؤخذ من المذكرة البريطانية . (**أولا**) أن مسألة الامتيازات لا يبحث فى تفاصيلها ، ولا يتفاوض مع الدول الأجنبية بشأنها ، الا متى بدىء بتنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات المعروضة (**ثانياً**) عندما يحين الوقت للمفاوضة فى هذه المسألة ، ستجرى هذه المفاوضة مع الدول على أساس مشروعات سنة ١٩٢٠ (**ثالثاً**) أن هذه المشروعات قابلة للتعديل فيما يتعلق بالتفاصيل ، وسيترك الأمر فى هذا للخبراء (**رابعاً**) هناك

بعض التعديلات يقترح من الآن الاتفاق عليها بين انجلترا ومصر ، تمهيدا لحمل الدول على الموافقة عليها فيما بعد ، وهى :

(١) أن يكون نقل مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب الى اختصاص المحاكم المختلطة اختياريا .

(٢) أن يؤخذ رأى المستشار القضائى فى العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على أجنبى ، وفى تنفيذ حكم الاعدام ..

(٣) أن تحل الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة محل الدول فى الموافقة على التشريع الذى يسرى على الأجانب ، على أن يكون سلطانها فى ذلك مقيداً بحدود معينة ، سواء كان ذلك بالنسبة للتشريع المعتاد أو بالنسبة للتشريع المالى ، وعلى أن تحتفظ الدول بحق الموافقة على أى تعديل فى تشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها .

(٤) أن يحتفظ بمبادىء معينة فى قانون تحقيق الجنايات قررت فى مشروعات سنة ١٩٢٠ (م ١٠ - ٢٧ من القانون نمرة ٢) .

(٥) ألاّ يتوسع فى تفسير كلمة « أجنبى » على نحو مخصوص .

(٦) أن يؤخذ رأى المستشار القضائى بشأن تعيين القضاة ورجال النيابة الأجانب .

ونحن فى التعليق على ما تقدم نبدأ بكلمة عن مشروعات سنة ١٩٢٠ التى ستتخذ أساساً للمفاوضات ، ثم نذكر المبادىء التى بنيت عليها هذه المشروعات ، ونقرنها بما أدخل عليها من التعديلات بمقتضى الاقتراحات المعروضة على مصر الآن .

مشروعات قوانين سنة ١٩٢٠ هى ثلاثة مشروعات وضعها السير سسل هرست أحد أعضاء لجنة ملنر ، ونشرت فى مجلة مصر العصرية (Egypte Contemporaine) (عدد شهر مارس سنة ١٩٢٠ نمرة ٥٠) وفى جازيت المحاكم المختلطة (Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte) عدد ١١٣ (الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٢٠) وعدد ١١٦ (الصادر فى ١٠ يونيه سنة ١٩٢٠) ، وقد شكلت لجنة من رجال القضاء المختلط والجاليات الأجنبية فحصت هذه المشروعات ، وأبدت ما عنَّ لها من الملاحظات عليها ، وقد أدمجت بعض هذه الملاحظات فى المشروعات نفسها . ونحن ندرس هذه المشروعات كما هى واردة فى جازيت المحاكم المختلطة .

وهى تضع قواعد لاصلاح الامتيازات الأجنبية ، على أساس أن ينقل للمحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية ، فى المسائل المدنية والتجارية ، والمسائل الجنائية ، والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ومعنى ذلك الغاء المحاكم القنصلية ، وتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة توسيعاً كبيراً . والناظر الى هذه المشروعات لا يسعه الا أن يلاحظ أنها رجوع لما سبق أن اقترحه نوبار باشا فى سنة ١٨٦٧ ، ولم ترد الدول ذوات الامتيازات أن تجيبه فى ذلك الوقت الى كل ما اقترح ، واكتفت بأن تعد بتوسيع الاختصاص الجنائى الذى سمحت بأعطائه للمحاكم المختلطة ، وكان المفهوم أن يكون تنفيذ هذا الوعد بعد إنقضاء سنة من انشاء هذه المحاكم ، وها قد مضى على انشائها أكثر من نصف قرن ولما ينفذ الوعد . على أن اقتراحات نوبار سنة ١٨٦٧ كانت من بعض الوجوه أفضل لمصر مما تتضمنه هذه المشروعات .

والمشروع الأول خاص باعادة ترتيب المحاكم المختلطة على قاعدة جديدة ، مع توسيع اختصاصها . والمشروع الثانى يتضمن تعيين التشريع الذى تطبقه المحاكم الجديدة . والمشروع الثالث يتعلق بموظفى هذه المحاكم ، والنظام الداخلى فيها .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذه المشروعات أنها قد وضعت على اعتبار أن الدول الأجنبية تكون ، قبل نفاذ هذه القوانين ، قد أبرمت اتفاقاً مع بريطانيا العظمى على الغاء المحاكم القنصلية ، كما أنه من المفروض أيضاً أن تكون الدول قد اعترفت فى هذه الاتفاقات بما لبريطانيا العظمى من مركز خاص فى مصر ، وخولتها السلطة اللازمة لقيامها على الوجه المرضى بالواجبات التى يفرضها عليها مركزها الخاص ، سواء نحو مصر ، أو نحو الأجانب المقيمين فى مصر ، وأن التعديلات اللازم ادخالها على نظام الامتيازات تحصل باتفاقات تعقد بين بريطانيا العظمى والدول ذوات الامتيازات . أما مصر فتعقد معاهدة مع بريطانيا العظمى ، تمنحها بمقتضاها الحقوق التى تلزم لتمكينها من تقديم الضمانات التى يجب أن تعطى للدول الأجنبية ، لتحقيق تخلى تلك الدول عن الحقوق المخولة لها بمقتضى الامتيازات (انظر مشروع ملنر) - ومعنى ذلك أن انجلترا هى التى تتعاقد عن مصر مع الدول ذوات الامتيازات ، وهى التى تسأل أمام هذه الدول عن أرواح وأموال الأجانب فى مصر .

وقد أحسن المرحوم ثروت باشا بحمل الحكومة الانجليزية على العدول عن هذه النظرية الخطرة ، والرجوع إلى الطريق الطبيعى ، بأن تعقد الاتفاقات التى تعدل من نظام الامتيازات الأجنبية رأساً **بين مصر والدول ذوات الشأن** ، بما فيهن انجلترا نفسها . وقد أخذت المقترحات المعروضة الآن على مصر بهذه النظرية السديدة ، إذ جاء فى المذكرة البريطانية التى سبقت الاشارة إليها ما يأتى : « إذ سأكون مستعداً لتأييد مساعى الحكومة المصرية لعقد اتفاقات مع الدول ، على أساس هذه الخطة » . لذلك يكون من المسلم به الآن أن تعديل نظام الامتيازات الأجنبية يحصل بمفاوضات تدور رأساً بين مصر والدول الأجنبية ، واتفاقات تعقد مباشرة من الجانبين ، أما انجلترا فلا تتعاقد مع الدول باسم مصر ، بل تتعاقد مع مصر نفسها . باعتبار أنها (أى انجلترا) دولة ذات امتيازات ، ثم هى تبذل كل ما لها من نفوذ لدى الدول الأخرى ذوات الامتيازات حتى تحملها على عقد اتفاقات مماثلة مع مصر ايضاً .

ولكن يلاحظ أن المقترحات البريطانية ، إذا كانت قد أرضت مصر من هذه الوجهة ، قد أجحفت بحقها من وجهة أخرى ، إذ نصت الفقرة السادسة من هذه المقترحات على أنه « تعترف حكومة جلالته البريطانية بأن تبعة المحافظة على أرواح الأجانب فى مصر وأملاكهم تقع من الآن على عاتق الحكومة المصرية ، ويتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن » .

وهذه الفقرة كانت فى الأصل موضوعة بالصورة الآتية : « يعترف الطرفان المتعاقدان بأن المسئولية عن حماية أرواح الأجانب وأملاكهم فى مصر تقع منذ الآن على عاتق الحكومة المصرية ، ويتخذ صاحب الجلالة ملك مصر كل التدابير والوسائل اللازمة لضمان تنفيذ واجباته فى هذا الصدد » .

وقد جاء فى الكتاب الأخضر لرئيس الوزراء الأسبق (محمد محمود باشا) بشأن هذه المادة ما يأتى : « أخذ على هذه المادة أنها تكلف مصر الاعتراف بأنها وحدها المسئولة عن أرواح الاجانب وأموالهم ، وهو أمر لم تزل تلح فى المطالبة به ، وتنكر أن يكون الحال فيه على غير ما قضت به المادة . وإذا كان أحد جديراً بأن ينفرد بهذا الاعتراف ، فهو الذى

سيتحول حاله بهذا الحكم، ويطرح عن كاهله ماكان قد تطوع فى إحتماله . كذلك أخذ على جزئها الأخير أن الأصل فى حماية أرواح الأجانب وأموال السكان قاطبة، بل الحق أن حماية الأرواح والأموال ليست إلا حكم البلاد حكما عادلا منظما، وهو شأن كل بلد يزعم لنفسه حق المشاركة فى الحياة الدولية، ويعتد لنفسه بمثل ما لمصر من العدة، فليس لهذه المادة مفهوم غير أن الأمر رد إلى نصابه الطبيعى، ودخلت حماية الأجانب فى عموم ما فى ذمة الحكومة المصرية وعنقها من حماية سكان البلاد . إذاً يكون الكلام فى اتخاذ التدابير اللازمة، لتحقيق تنفيذ تعهدات مصر فى هذا الصدد، أخراجا للمسألة عن وضعها الحقيقى، فضلا عن أنه يخشى تأويله على أنه يُجعل سبيلا للتدخل فى الأدارة المصرية، فى سكونها وحركتها، كلما عنّ لبريطانيا رأى فيما يجب اتخاذه من التدبير لحماية أرواح الأجانب وأموالهم لا تكون الحكومة المصرية قائله به، أو عاملة عليه . لذلك حذفت الاشارة الى التدابير اللازمة فأصبحت الجملة تكريرا بصورة أخرى للمعنى المستفاد من الشق الأول من المادة، ومجرد تأكيد وقطع عهد بان سيجرى حكم البلاد بطريقة عادلة منظمة» .

ولكننا نقول أنه رغما من الاحتياط الشديد الذى اخذ به نفسه المفاوض المصرى، لا يزال النص، حتى فى وضعه النهائى، محلا للنقد . فهو يجعل مسئولية مصر عن حماية المصالح الأجنبية موضوع تعاقد بين انجلترا ومصر . بل ويشدد الجزء الأخير من هذه المادة فى معنى صفة الالتزام التعاقدى، إذ ينص على أنه يتكفل جلالة ملك مصر بتنفيذ تعهداته بهذا الشأن، حتى اصبح اللورد بارمور مصيبا فى تفسيره لهذه المادة فى مجلس اللوردات البريطانى عند ما صرح بما يأتى : «والظاهر أن المادة السادسة من مقترحات المعاهدة قد أسىء فهمها، فإذا لم يقم ملك مصر بتعهده بأنه يكون مسئولا عن حماية أرواح الأجانب وأموالهم، كان ذلك أخلالاً بشروط المعاهدة، **يحتم على الحكومة البريطانية ان تهتم إذ ذاك بحمل مصر على القيام بعهودها حق القيام**» (أنظر جريدة الأهرام عدد ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩) .

مع أن الذى يجب تقريره فى هذا الصدد هو أن تكون مسئولية مصر عن المصالح الأجنبية غير مستمدة من أى التزام تعاقدى، بل تقع هذه

المسئولية على مصر بحكم أنها دولة لها حق السيادة فى شؤونها الداخلية والخارجية ، أما إذا كنا نسلم بتعاقد مصر مع انجلترا بشأن هذه المسئولية ، كان معنى هذا **ان مصر تصبح مسئولة امام انجلترا عن حماية المصالح الأجنبية.**

قد تكون انجلترا أصبحت ، بحكم أعلانها الحماية على مصر فى سنة ١٩١٤ ، مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية فى هذه البلاد ، وقد تكون استبقت هذه المسئولية بموجب التحفظ الثالث من تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . ولكنها بالمقترحات التى تقدمها لمصر الآن لم تفعل فى هذا الشأن اكثر من أن تعرض على مصر أن تحل هذه محلها فى حماية هذه المصالح ، على أن تكون مسئولة أمامها عن ذلك . مع أن الوضع الطبيعى للامور ـ إذا أريد الغاء كل أثر للحماية ـ **ان تكون مصر مسئولة عن حماية المصالح الأجنبية امام الدول الأجنبية ذاتها ، دون وساطة انجلترا بين الطرفين ، حتى تنتفى شبهة الحماية ، وحتى لا يصبح لانجلترا مجال للتدخل فى الشؤون المصرية ، بدعوى أن مصر مسئولة امامها عن حماية الأجانب . وفى راينا انه يحسن أن يستبدل بالفقرة السادسة من المقترحات نص كالآتى : «تتخلى حكومة جلالته البريطانية عما اخذته على نفسها من تبعة المحافظة على ارواح الأجانب فى مصر واملاكهم ، وتعترف بأن هذه التبعة تقع على عاتق الحكومة المصرية ، التى هى مسئولة مباشرة أمام الدول ذوات الشان عن ذلك»** .

بعد هذه الكلمة الوجيزة ، ننتقل إلى بيان التعديلات التى يراد ادخالها فى نظام الامتيازات الأجنبية ، ونؤثر أن نرتب البحث فى هذه التعديلات ، بتوزيعها على سلطات الدولة الثلاث : التشريع والقضاء والادارة .

أولاً ـ التشريع

تنص المادة الأولى من المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن المحاكم المختلطة تطبق قانونى النظام القضائى رقم ١ ورقم ٣ سنة ١٩٢٠

(أى المشروعين الأول والثالث)، وكذلك احكام هذا القانون (أى المشروع الثانى)، وتطبق مع مراعاة هذه الأحكام التشريع الآتى: (أ) القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى للمحاكم المختلطة مع التعديلات التى ادخلت عليها وقت نفاذ هذا القانون (ب) القانون الجنائى المختلط الصادر به القانون رقم ..... سنة ١٩٢٠. (جـ) كل تشريع مصرى آخر معمول به وقت نفاذ هذه القوانين بقدر ما كانت المحاكم المختلطة تطبق هذا التشريع (د) كل تشريع مصرى يصدر فى المستقبل، ومع ذلك، ففى حالة تشريع لم يكن ممكناً إلى الآن العمل به بدون موافقة الدول أو الجمعية التشريعية التى انشأتها المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط أو الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف، يلزم فى المستقبل موافقة المندوب السامى على هذا التشريع حتى يمكن تطبيقه فى المحاكم المختلطة (هـ) كل تشريع يوافق المندوب السامى على تطبيقه فى المحاكم المختلطة (والظاهر ان المقصود بهذه العبارة ان المندوب السامى يختار من التشريعات الأجنبية للأحوال الشخصية ما يصلح ان تطبقه المحاكم المختلطة فى هذه الدائرة).

هذا ما كان معروضاً على مصر فى سنة ١٩٢٠، ومنه يتبين أن سلطة المندوب السامى فى الموافقة على القوانين، وفى اختيار القوانين التى تطبقها المحاكم المختلطة، وهى سلطة قررتها المادة الأولى التى نحن بصددها، تجعل من هذا المندوب مشرعاً إلى جانب المشرع المصرى، بل تجعله دكتاتوراً يستعمل هذه السلطة وحدة فيوقف بها تطبيق القوانين التى تقررها الهيئات التشريعية المصرية على الأجانب، ثم يستعملها وحده ايضاً فيشرع للأجانب دون أن تشترك معه فى ذلك الهيئات التشريعية المصرية.

هذه السلطة الدكتاتورية لم تتمسك بها المقترحات البريطانية المعروضة الآن على مصر[1] وقد أستعيض عنها بسلطة الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة، فى حدود معينة، إذ جاء فى المذكرة البريطانية التى اشرنا

---

(١) لم تتخل الحكومة البريطانية عن هذه السلطة الدكتاتورية لممثلها فى مصر فى المفاوضات الأولى. ولم يتغير مركزها فى هذا الشأن إلا منذ مفاوضات المرحوم ثروت باشا مع السر اوستن شامبرلان. فالمشروع الذى نتج من هذه المفاوضات يتضمن ميزتين حصلت عليهما مصر لأول مرة. الميزة الأولى هى آن يكون تعديل =

إليها من قبل : «وسأكون مستعداً للاتفاق على أن تقوم الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة فى المستقبل بابداء كل موافقة لازمة لتطبيق التشريع المصرى ، ومن ضمنه التشريع المالى ، على الأجانب ، إلا فى حالة التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فإنه لا ينفذ إلا بموافقة الدول عليه ، ويكون على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة أن تتثبت من أن التشريع المشار إليه لا يناقض المبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وأنه ، فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية» .

وقد جاء فى خطبة لرئيس الوزارة الأسبق (محمد محمود باشا) ، تعليقا على هذه المسألة ، ما يأتى : «فيما يتعلق بسريان التشريع على الأجانب ، ويدخل فى ذلك الضرائب ، تقبل (الحكومة البريطانية) أن يحل محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة . على أن هذه الموافقة لن تكون مشاركة فى توجيه الامور العامة ، وتدخلا فى تكييف الأعمال التشريعية وتنظيم الضرائب ، وإنما تنحصر مهمة تلك الجمعية العمومية فى الاستيثاق من أن الأجانب لا يصيبهم بذلك التشريع حيف ، أو يعاملون بسببه على غير ما يعامل به الاجانب فى البلاد الأخرى . ومن حسن الحظ أن جمعية الأمم تشتغل بأعداد اتفاق دولى عام ، يرسم القواعد العامة لمعاملة الاجانب فى الشؤون المختلفة ، فستكون مهمة الجمعية العمومية ، بحسب المشروع الحالى ، النظر فيما يعرض عليها من التشريعات بمعيار تلك القواعد العامة» (أنظر جريدة الأهرام عدد ٢٥ اغسطس سنة ١٩٢٩) .

= الامتيازات الأجنبية بموجب اتفاقات تعقد رأسا بين مصر والدول ذوات الشأن ، وقد اشرنا إلى ذلك فيما تقدم . والميزة الثانية هى ألا يكون لممثل بريطانيا دخل فى التشريع الذى يسرى على الأجانب ، وتبقى الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على القوانين التى يراد سريانها على الاجانب ، على أن يحصر هذا الاشراف فى حدود ضيقة ، وعلى أن تدخل التشريعات المالية ضمن التشريعات الاخرى . وهذا نفس ما تعرضه علينا المقترحات الحالية . ونلاحظ بهذه المناسبة ان مشروع شامبرلان - ثروت هو الاساس الذى بنيت عليه المقترحات الحالية ، وبنوع خاص ما يتعلق منها بمسألة الامتيازات الاجنبية .

إذاً لا يكون لممثل بريطانيا فى مصر شأن فى سريان التشريع المصرى على الأجانب ، وتبقى الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة قائمة بمهمتها من التصديق على كل تشريع تريد الحكومة المصرية تطبيقه على الأجانب. نقول «تبقى» لأن المقترحات البريطانية لم تأت بجديد فيما يتعلق باختصاص الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة فى نظر القوانين التى يراد سريانها على الأجانب ، فهذه الجمعية مختصة الآن بذلك بمقتضى المادة الثانية عشرة من القانون المدنى المختلط. وعلى ذلك لا يكون دقيقا ما ورد فى خطبة رئيس الوزراء الأسبق ، من أن الحكومة البريطانية «تقبل أن يحل محل موافقة الدول موافقة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة» ، فقد قبلت الحكومة البريطانية ، وغيرها من الحكومات الدول ذوات الامتيازات ، هذا الأمر منذ سنة ١٩١١ ، فيما يتعلق بالتشريعات المعتادة ، أما فيما يتعلق بالتشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها فهذا تشترط فيه موافقة الدول ، حتى بمقتضى المقترحات المعروضة علينا الآن. فلا جديد إذاً من هذه الناحية. وإنما الجديد أمران :

(١) أدخل التشريع المالى (أى فرض الضرائب) الذى يسرى على الأجانب ضمن التشريعات التى يكتفى فيها بموافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة ،وهذا ما تشترط فيه الدول ذوات الامتيازات الآن موافقة كل دولة منها عليه ، ولا تقنع بموافقة الجمعية التشريعية.

(٢) حددت مهمة الجمعية التشريعية تحديداً ضيقاً ، فلا يجوز لها عدم الموافقة على تشريع لا يناقض المبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وفيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لايوجد تمييزا غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية.

هاتان خطوتان نرى أن فيهما تقدماً محسوساً على الحالة التى نحن فيها الآن ، ولكنهما فى نظرنا لاتكفيان. لمصر أن تطلب أكثر من هذا ، دون أن يعد ذلك منها تطرفاً. وعندنا أنه يجب تقسيم التشريع الذى يسرى على الأجانب فى مصر الى ثلاثة أقسام :

قسم يسرى على الأجانب بمجرد صدوره من الهيئات التشريعية المصرية ، بلا حاجة الى أى إجراء آخر ، وهو :

(١) القوانين الخاصة بعقار في مصر ، سواء أكانت قوانين مالية (تقرر ضرائب عقارية) أم غير مالية :

(٢) لوائح البوليس .

وقسم يسرى على الأجانب بعد صدوره من الهيئات التشريعية المصرية ، بشرط أن يعرض على الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة للموافقة عليه ، وهذه هي القوانين المدنية والتجارية ، والجنائية ، وقوانين المرافعات وتحقيق الجنايات ، وكل تشريع آخر مالي أو غير مالي عدا **التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها .**

وهذا هو القسم الثالث ، الذى لا بد فيه من موافقة الدول ، تحت رقابة هيئة دولية كمحكمة لاهاى .

ولنفصل الآن ما أجملناه .

القسم الأول : القوانين العقارية ولوائح البوليس :

نبدأ بالقوانين العقارية . ونلاحظ بشأنها أن الامتيازات الأجنبية لا تسوغ مطلقاً اعتداء الدول على سيادة مصر في هذا الأمر . فللحكومة المصرية ، حتى بمقتضى هذه الامتيازات ، سن قوانين خاصة بالعقارات في مصر ، تسرى على الأجانب سريانها على المصريين ، دون الرجوع إلى الدول أو إلى اية هيئة أخرى غير الهيئة التشريعية المصرية . فلقد كانت الأجانب ممنوعين من تملك العقارات بمصر بمقتضى القوانين الأساسية للدولة العلية . وإذا كان بعض ولاة مصر سمحوا لبعض الأجانب بتملك عقارات في الديار المصرية ، كما حصل هذا في عهد محمد على وفي عهد سعيد ، فلم يكن ذلك إلا من قبيل التسامح لتشجيع الأجانب على الاقامة في مصر ، وكان هذا مخالفاً على كل حال للقوانين الأساسية للدولة العلية التي تقيدت مصر بعدم مخالفتها . ولا عبرة بما يتمسك به الأجانب في مصر من أنهم تملكوا أراضى مصرية قبل أن يسمح للأجانب في الدولة العلية بتملك العقارات ، وانهم أجروا على هذه الأراضى حكم الامتيازات الأجنبية وجعلوها خاضعة لمحاكم القنصلية ، فإن هذه الفترة الوجيزة التي اقطعتهم فيها ولاة مصر الأراضى تشجيعاً لهم لا يصح أن تنشىء عادة أو عرفاً مرعياً يعطيهم من الحقوق ما لا تقره المعاهدات المكتوبة ، وما يتناقض مع القوانين الأساسية . والصحيح أن الأجانب لم يجز لهم

قانوناً تملك العقارات فى مصر إلا على أساس فرمان سنة ١٨٦٧ ، الذى اجاز للأجانب فى الدولة العلية ـ وتبعاً فى مصر تملك العقارات . واليك أهم نصوص هذا الفرمان :

المادة الأولى : للأجانب أن يتمتعوا ، كالرعاي العثمانيين وبدون شرط آخر ، بحق ملكية العقارات ، سواء كانت فى المدن أو فى الأرياف ، فى جميع نواحى الامبراطورية العثمانية عدا ولاية الحجاز ، وذلك بأن يخضعوا للقوانين واللوائح التى يخضع لها الرعايا العثمانيون على النحو الآتى .

المادة الثانية : الأجانب الملاك لعقارات فى المدن أو فى الأرياف يتماثلون بناء على ذلك بالرعايا العثمانيين فى كل ما يختص بعقاراتهم ، ويترتب قانونا على هذا التماثل ما يأتى : (١) أن يخضعوا لجميع القوانين ولوائح البوليس والبلديات التى تسرى الآن أو ستسرى فى المستقبل على حق استغلال الملكية العقارية وانتقالها والتصرف فيها ورهنها . (٢) أن يدفعوا جميع التكاليف والضرائب ، التى تجبى فى المستقبل ، على العقارات فى المدن أو فى الارياف . تحت أى شكل كانت ، وبأى اسم سميت .

فانت ترى من ذلك أن امتلاك الأجانب لعقارات فى بلاد الدولة العلية ـ وتبعا فى مصر ـ اشترط فيه أن تخضع الأجانب لجميع القوانين ولوائح البوليس والبلديات التى تسرى ، أو التى يمكن أن تسرى فى المستقبل ، على العقارات من حيث الانتفاع بها أو انتقالها والتصرف فيها أو رهنها ، واشترط أيضا أن يدفعوا جميع الضرائب العقارية ، تحت اى شكل كانت وبأى اسم سميت ، وقد قبلت الدول هذا الفرمان واعتبرته معاهدة دولية . ولم يكن الا اعتداء من الأجانب على حقوق مصر امتناعهم فى أول الأمر عن دفع ضريبة البناء ، ولم يكن إلا سوء تصرف وضعفا من الحكومة المصرية فى مفاوضة الدول فى أمر هذه الضريبة ، فتسجل بذلك على نفسها وجوب مفاوضة الدول فى كل ضريبة كما هى تفعل الآن بشأن ضريبة الخفر . والصحيح أن التشريع المصرى يسرى على الأجانب كما يسرى على المصريين ، فيما يتعلق بالعقار وبالضرائب العقارية ، بلا حاجة إلى مفاوضة الدول ، بل بلا حاجة إلى مصادقة الجمعية التشريعية

للمحاكم المختلطة . فيجب أن ينص صريحا على رجوع هذا الحق لنا ، فان اغتصابه منا خرق لنفس الامتيازات الأجنبية التى تحتج بها الاجانب علينا . ومن الضرورى تقرير هذا المبدأ ، لان القوانين التى تسرى على العقار تكاد تكون كلها من النظام العام وتهم الدولة فى أهم مقوماتها ، وهى الأرض ، فمن الواجب أن تكون مصر حرة فى تشريعها الخاص بالارض المصرية ، ولو كان أجنبى هو المالك لهذه الأرض . كما انه يجب أيضا ان تكون المحاكم الأهلية هى المختصة بنظر جميع القضايا العقارية ، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ، ولو كان هؤلاء الأجانب من جنسية واحدة . وسنعود إلى ذلك فيما يلى . وليس فيما نشير به الارد للحق إلى نصابه ، ورجوع عن الافتئات على السلطة الشرعية للبلاد ، وأقرار للامور على وجوهها الصحيحة ، طبقا لما تقتضيه المبادىء القانونية المعترف بها فى الوقت الحاضر بين كل الأمم المتمدينة .

أما من حيث لوائح البوليس ، فقد كان لمصر حق سن هذه اللوائح ، وكانت تسرى على الأجانب ، وذلك قبل وجود المحاكم المختلطة نفسها . ولما أنشئت هذه المحاكم تأيد هذا الحق بنص المادة العاشرة من القانون المدنى المختلط ، وبنص المادتين ٣٣١ و ٣٤٠ من القانون الجنائى المختلط . كل هذه النصوص متضافرة على أن للحكومة المصرية سن لوائح للبوليس تسرى على الأجانب بشرط الا تزيد العقوبة فيها على المخالفة . ولم يكن الامحض اعتداء من المحاكم المختلطة أن تشترط موافقة جمعيتها التشريعية على اللوائح الجديدة التى تصدرها الحكومة المصرية ، مستندة خطأ إلى المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط ، ولم يكن ، هنا أيضا ، إلا سوء تصرف وضعفا من الحكومة المصرية ، أن تفاوض الدول فى شأن هذه اللوائح ، وتصدر دكريتو ٣١ يناير سنة١٨٨٩ تحدد فيه من سلطتها فى سن لوائح البوليس ، وتقصر هذه السلطة على لوائح معينة بقيود معينة (أنظر فى ذلك Lamba : Condition Juridique des Européens en Egypte. Paris, 1896. p.p. 212—228)

والصحيح قانونا أن للحكومة المصرية أن تسن لوائح البوليس ، وتسرى هذه اللوائح على الاجانب سريانها على المصريين ، بدون حاجة إلى موافقة الجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة ، ويجب أن نتفاوض مع الدول ذوات الامتيازات على هذا الأساس ، حتى نسترد أيضا هذا الحق المغتصب .

القسم الثاني : التشريعات الاخرى غير التشريع الذى يحدد تشكيل المحاكم المختلطة واختصاصها

أهم هذه القوانين هى القوانين المدنية ، والتجارية ، والجنائية ، وقوانين الأجراءات ، والضرائب غير العقارية . وقد تبين مما تقدم من نصوص المقترحات أن الشأن فى هذه التشريعات أن تسرى على الأجانب ، على شرط أن توافق عليها الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ، ولا يصح لهذه الجمعية أن تمتنع من الموافقة ما دامت هذه التشريعات لا تناقض المبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الاجانب ، وما دامت الضرائب لا توجد تمييزاً غير عادل ضد الأجانب بما فيهم الشركات الاجنبية .

ونحن نوافق على هذا المبدأ . إلا أننا نلاحظ أن المقترحات لا تجعل مجالا للتحكيم إذا اختلفت وجهة نظر الحكومة المصرية عن رأى الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ، بل يكون رأى هذه الهيئة نهائياً ، فتوقف أى تشريع ترى - خطأ أو صواباً - انه يناقض مبادىء التشريع الحديث ، أو يقرر ضريبة مجحفة بالأجانب . وذلك يظهر بالرجوع إلى الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق ، فمنه يتبين أن الفقرة الحادية عشرة من المقترحات ، التى أثبتنا نصها فيما تقدم ، صيغت فى أول الأمر بالصورة الآتية : « يعترف الطرفان المتعاقدان بأن نظام الامتيازات القائم بمصر الآن أصبح لا يلائم روح العصر والحالة الحاضرة لمصر ، وبناء عليه يتعهد صاحب الجلالة البريطانية بأن يستخدم كل ما له من نفوذ لدى الدول ذوات الامتيازات فى مصر للحصول ، بالشروط التى تؤمن المصالح المشروعة للأجانب ، على نقل إختصاص المحاكم القنصلية إلى المحاكم المختلطة وعلى تطبيق التشريع المصرى على الاجانب . ويتعهد جلالة ملك مصر من جانبه بألاّ تسن قوانين مجحفة بالأجانب فى مسألة الضرائب أو لا تتفق مع مبادىء التشريع العام لجميع الدول ذوات الامتيازات » ويبين الكتاب الأخضر كيف عدلت هذه المادة حتى صيغت فى صورتها الحالية ، فيقرر ما يأتى : « أخذ على الفقرة الأولى أن مصر ما بها أن تعترف بأمر بح صوتها بالنداء به ، وأن الاعتراف يجب أن يصدر ممن كانوا حتى الآن متمسكين بالامتيازات ، لا يقبلون فيها تبديلا . أما الفقرة الأخيرة ،

فقد تساءلنا ماذا يكون مرمى التعهد الوارد بها ، وأشرنا إلى أن تضمين هذا التعهد فى المعاهدة يجعل مادة التحكيم (١٤) منصبه عليه ، وزدنا أنه بمقتضى التعهد وعملا به يصبح لمصر أن تضع ما تشاء من التشريعات ، وتطبيقها على الاجانب . فإذا رأت بريطانيا فى شىء من تلك التشريعات اجحافا بالأجانب ، أو تنافياً مع المبادىء العامة للتشريع عند الدول ذوات الامتيازات ، وخالفتها مصر فى الرأى ، حل الخلاف بطريق التحكيم وهذا الوضع يشبه من بعض الوجوه ما كان قد اقترحه مشروع ملنر من إعطاء الممثل البريطانى حق المعارضة (veto) فيما يطبق على الأجانب من التشريعات ، على أنه يفضل الاقتراح القديم فى أنه بدلا من أن يكون حقاً فردياً للمثل البريطانى ، يصبح الخلاف بين الدولتين محل تحكيم على يد هيئة دولية . وقد أبدينا أننا لانرى مانعا من قبول هذه الصورة الجديدة فى ضمان حقوق الأجانب ، لاسيما وأننا لانرى فرقاً بينها وبين الضمانات التى وردت فى مشروع الاتفاق الدولى الذى وضعته عصبة الأمم ، والذى رسم القواعد العامة لمعاملة الأجانب ، وجعل التحكيم طريق حل الخلافات بين الدول فى تنفيذ تلك القواعد . ويكاد يكون الفرق الوحيد بين حكم بالأجانب ، وعدم مناقضته لمبادى التشريع الحديث ، كان مندرجا فى صلب المعاهدة ، ثم انحدر الى المذكرات التى تتبادل ، حتى لايكون هذا الشرط محلا للتحكيم ، مادامت الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة تقوم بالتصديق على التشريعات ، « وحيث يكون تصديق لايجوز أن يصبح التشريع المصدق عليه محل احتكام بعد ذلك » .

ونحن لانستطيع أن نقر وجهة النظر هذه : ولانرى ما يمنع ، لا من وجهة القانون ولا من وجهة العمل ، أن يتقرر وجوب تصديق الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة على التشريع المصرى الذى يراد به أن يسرى على الأجانب : ويتقرر الى جانب ذلك أنه إذا امتنعت هذه الجمعية من المصادقة ، ورأت الحكومة المصرية أنها خرجت فى ذلك عن حدود مهمتها ، حل الخلاف بطريق التحكيم . وبذلك نأمن تحكم الجمعية العمومية وتعنتها التى تحاول فى بعض الظروف ، كما يقرر الكتاب الأخضر نفسه ، أن تتدخل «فى موضوع التشريع ومناسبته» .

وهذا هو نفس ما كان يراه المرحوم ثروت باشا ، فقد جاء فى الكتاب الأخضر الذى أصدره ، فى الوثيقة رقم ٩ ، ما يأتى :

« أما ما يتعلق بالتشريع الذى يطبق على الأجانب ، فإن المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط تعتبر أنها القاعدة لكل تشريع لا يكون تشريعاً مالياً وتكون مهمة الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة الاستيثاق من أن التشريع الذى يعرض عليها ليس بحيث لايتفق مع المبادىء المشتركة فى بلاد الدول ذوات الامتيازات . وفيما يختص بالتشريع المالى يجب الا يستعمل حق المعارضة ، الذى أرى نفسى مستعدا للاعتراف به ، الا بالنسبة للقوانين التى تقرر فرقا فى المعاملة لغير مصلحة الأجانب (المفهوم أنه لايعتبر تفريقا فى المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون أثقل أثرا على الأجانب ، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو أعمال أخص بهم ، أو اكثر تحققا عندهم ، كما يجب أن يشترط فيه :

(١) ألا يستعمل الا بناء على تقرير تضعه هيئة مشكلة لهذا الغرض ، وتكون الحكومة المصرية ممثلة فيها ، كان تكون مثلا لجنة مؤلفة من أربعة أعضاء ، اثنان منهم مصريان ، وثالث يمثل الدول الكبرى ، ورابع يمثل الدول الصغرى .

(٢) أنه لايوقف تنفيذ التشريع الا استعمال حق المعارضة فعلاً .

(٣) أن يقرر للحكومة المصرية حق الطعن فى ذلك الاستعمال أمام هيئة دولية ، تكون عصبة الأمم أو محكمة لاهاى . ويقتضى أن يلاحظ هنا أن جواز رفع الأمر الى هيئة دولية ، عندما ترى الحكومة المصرية أن حق المعارضة استعمل على غير وجهه ، كان يرجع فى المشروع الذى قدمته إلى أن الأحكام الخاصة بحق المعارضة كان سينص عليها فى المعاهدة نفسها ، فكان يجب لذلك تفسير أو تأويل أحكام المعاهدة عند الخلاف بحسب ميثاق عصبة الأمم . فأذارئى لمناسبات أخرى أن توضع الأحكام الخاصة بحق المعارضة فى اتفاق آخر ، فيجب احتفاظا بالمعنى المتقدم أن ينص صراحة فى ذلك الاتفاق على حق الحكومة فى الطعن فى استعماله ، دون أن يكون فى هذا النص ابتداع شىء جديد » .

نرى مما تقدم مبلغ حرص المرحوم ثروت باشا على أن يحتفظ للحكومة المصرية بحق الطعن فى قرار الجمعية العمومية ، إذا جاء مخالفا

لوجهة نظرها ، وكيف يحصر هذا القرار فى حدود ضيقة ، فيقيده بتقرير سابق تضعه لجنة مختلطة ، ويجعله حق معارضة لاحق تصديق ، ينفذ التشريع المصرى على الأجانب إذا لم يستعمل ، ولا ضرورة للتربص بالتشريع حتى تتم المصادقة عليه .

ونحن نوافق على هذه الآراء السديدة ، ونتقدم الى المفاوض المصرى فى أن يعمل على تحقيقها عندما تدور المفاوضات مع انجلترا ومع الدول بشأن تعديل الامتيازات ، وأن يوجه النظر الى ما لاحظه المرحوم ثروت باشا بحق من أن المفهوم أنه لا يعتبر تفريقاً فى المعاملة أن ضريبة متساوية للجميع تكون أثقل أثراً على الأجانب ، لأنها تفرض بالنسبة لحالات أو أعمال أخص بهم أو أكثر تعمقاً عندهم .

ونلاحظ أنه كان من الممكن أن تتمسك مصر بحقها فى فرض أية ضريبة - عقارية كانت أو غير عقارية على الأجانب بدون الرجوع الى الجمعية العمومية ، ما دامت الضريبة غير مجحفة . وتاريخ الامتيازات الأجنبية لا يأبى علينا هذا الحق ، لأن الأجانب لم يعفوا بموجب الامتيازات التى ينفردون بها وحدهم ، كالجزية التى تجبى من غير المسلمين . ولكننا لا نتشدد الآن فى ذلك ، ونؤثر أن نرجئة لمرحلة أخرى ، عندما تتحقق الدول من أن مصر تحسن استعمال ما تسترده من الحقوق .

بقى أن نشير إلى القانون الجنائى الذى كان مزمعاً اصداره فى سنة ١٩٢٠ . هذا القانون من وضع عهد ماض ، إذ كانت لجنة الامتيازات التى ألفت فى ذلك العهد تعمل فى ظروف تغيرت الآن تغيراً جوهرياً . ويكفى أن نشير إلى أن هذا القانون يعتبر الدولة البريطانية ، بالنسبة للمصرى ، كأنها الدولة صاحبة السيادة عليه . فيعاقب الجرائم التى ترتكب ضدها بنفس العقوبة التى يعاقب بها الجرائم ضد الدولة المصرية (أنظر على سبيل المثال المواد ١٢٣ و ١٢٤ و ١٥٩ و ١٦٠ من هذا المشروع) ، ويضع المندوب السامى فى مرتبة حاكم البلاد الشرعى فيعاقب بعقوبة واحدة الاعتداء على أى منهما (أنظر المادة المادة ١٢٩ من المشروع) ، ويقرن الأسرة المالكة فى انجلترا بالأسرة المالكة فى مصر على أنهما متساويان من حيث وجوب ولاء المصرى لكل منهما (أنظر المادتين ١٤٣ و ٤٤) ، ويجعل العلم البريطانى والجيش البريطانى فى منزلة العلم

المصرى والجيش المصرى من حيث وجوب احترامهما (أنظر المواد ١٤٥ و ١٤٦ و ١٦٤) ، ويعاقب التزييف فى الأوراق المالية التى تصدرها الحكومة البريطانية بنفس عقوبة التزييف فى الأوراق المالية التى تصدرها الحكومة المصرية (أنظر المادة ٢٣٨) . من هذا كله يتبين وجوب تشكيل لجنة مختلطة ، من مصريين وأجانب ، لاعادة النظر فى هذا المشروع من الوجهة السياسية ومن الوجهة الفنية (انظر نقداً لهذا المشروع ، من الوجهة الفنية للأستاذ ارمانجون فى مجلة مصر العصرية فى عددى ٥١ و ٥٢ سنة ١٩٢٠) ، على أن يعرض المشروع بعد تعديله على البرلمان المصرى ، فالجمعية التشريعية للمحاكم المختلطة فى حدود اختصاصها الجديدة . ونوجه النظر من الآن الى وجوب الاهتمام بجريمتين يكثر ارتكابهما فى أوساط الجاليات الأجنبية بمصر ، هما الاتجار بالمواد المخدرة والاقراض بالربا الفاحش .

ونشير أخيراً إلى المواد ١٠ ـ ٢٧ من المشروع الثانى من مشروعات سنة ١٩٢٠ ، وهى النصوص التى تشير اليها المذكرة البريطانية السالف ذكرها ، على اعتبار أنها تقرر مبادىء يجب الايحاد عنها ، إذ جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « وأن توسيع اختصاص المحاكم المختلطة الجنائى يستلزم اعداد وتنفيذ قانون جديد لتحقيق الجنايات ، وفى مشروعات القوانين التى أعدت فى سنة ١٩٢٠ ، بعض نصوص مهمة خاصة بقانون تحقيق الجنايات (أنظر المواد ١٠ ـ ٢٧ من القانون رقم . . . الصادر فى ١٨ أبريل سنة ١٩٢٠) ، ولاشك ان دولتكم توافقوننى على ان قانون العقوبات الجديد يجب ألا يحيد عن المبادىء المقررة بتلك المواد » ـ ولنا ملاحظات على بعض هذه النصوص : تقضى المادة الثانية عشرة بأن قاضى التحقيق يحيل المتهم إلى محكمة الجنايات ، إذا رأى أن الأدلة المقدمة توجد قرينة على إدانته :

(أ) فى جناية .

(ب) فى جنحة من اختصاص محكمة الجنايات ، إذا كان من رأيه أنه نظراً لظروف الدعوى لاتكون العقوبة التى للمحكمة الجزئية إيقاعها كافية .

(جـ) فى جنحة مرتبطة بجريمة صدر بشأنها أمر إحالة تطبيقاً لأحدى الفقرتين السابقتين ، إذا كان من رأيه أنه يجب الحكم فى الجريميتن معاً (أنظر ايضاً المادة ٢٥) . والأصل فى ذلك أن المادة ١٧ من المشروع الأول تقضى بأن المحاكم الجزئية تختص بالنظر فى الجنح والمخالفات ، الا أنها تملك الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنتين (وقد اقترحت لجنة الأجانب تخفيض هذا الحد أيضاً) وتقضى المادة ١٩ من المشروع نفسه بأن محاكم الجنايات تختص بالنظر فى الجنايات وفى الجنح التى تزيد عقوبة الحبس المقررة لها قانونا على سنتين . ومن ذلك يتبين أن مشروعات سنة ١٩٢٠ تضيق من اختصاص محكمة الجنح والمخالفات ، إذ تجعل بعض الجنح من اختصاص محكمة الجنايات ، وهذا عكس ما اتبع أخيراً فى القضاء الأهلى ، إذ جعلت بعض الجنايات من اختصاص محكمة الجنح . ونحن نؤثر الا تعتدى محكمة الجنايات على اختصاص محكمة الجنح . والظاهر أن السبب الذى دعا واضع مشروعات سنة ١٩٢٠ إلى نزع الجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة أكثر من سنتين من اختصاص محكمتها الطبيعية ، هو اعطاء ضمانات أوفر أمام محكمة الجنايات للأجانب المتهمين فى جنح تزيد العقوبة فيها على سنتين . ولا نرى ما يبرر أعطاء هذه الضمانات ، وأنه يحسن الرجوع إلى الاختصاص الطبيعى لكل محكمة ، ما دام تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات يبقى معمولا به فى ظل النظام الجديد .

وتنص المادة السادسة عشرة من المشروع نمرة ٢ على أنه لايجوز رفع الدعوى مباشرة الى محكمة الجنايات من قبل المدعى المدنى ، ولايجوز تقديم أحد للمحاكمة بناء على طلب النائب العمومى أو المدعى المدنى لجريمة يجوز أن تعاقب بالحبس لمدة أكثر من سنة ، ما لم يكن ذلك بناء على أمر أو تصريح سابق من قاضى تحقيق أو قاضى إحالة أو محكمة - وفى هذا النص تضييق لا مبرر له السلطة النائب العمومى فى رفع الدعوى الجنائية ، ولحق الأفراد فى رفع الجنحة المباشرة (أنظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا لهذه المادة فى ملخص المحاضرات التى ألقاها على المحامين ، وهى منشورة فى ملحق للعدد الثامن من السنة الأولى لمجلة المحاماة ص ٦٤ - ص ٦٦) .

وتنص المادة الثالثة والعشرون على أن عقوبات الاعدام والأشغال الشاقة والحبس لمدة أكثر من شهرين لايجوز توقيعها غيابيا - وهذا التقييد فيه كل الحرج إذا كان المتهم أجنبيا وفر من البلاد المصرية (انظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى ملحق المحاماة المشار إليه ص ٦٦ - ٦٧).

القسم الثالث : التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد اختصاصها

يجب أن تحدد نصوص هذا التشريع تحديدا دقيقا ، ولا يتوسع فى هذا التحديد بل يقتصر الأمر على النصوص الأساسية . فإذا تم التحديد على هذا النحو يتقرر أنه لايجوز تعديل النصوص التى أدخلت فى هذه الدائرة إلا بموافقة الدول ذوات الامتيازات . ولكن يجب مع ذلك أن يتقرر مبدأ مراجعة هذه النصوص بعد كل فترة من الزمن (كل عشر سنوات مثلا) ، وللحكومة المصرية أن تقترح تعديلها بما يتناسب مع تقدم مصر وقتئذ ، فتهيىء بذلك الفرصة لأن تلغى الامتيازات الأجنبية تدريجيا ، دون مساس بمصالح الأجانب المشروعة .

والواجب أيضا أن يتقرر أنه فى حالة إصرار الحكومة المصرية على اقتراحات معينة تعدل بها هذه النصوص الأساسية ، وعدم موافقة الدول لها على ذلك . يجوز لمصر أن ترفع الأمر الى محكمة لاهاى ، أو إلى عصبة الأمم (تطبيقا للمادة ١٩ من ميثاق هذه العصبة وسنعود اليها فيما يلى) ، على أن يكون قرار الهيئة التى يرفع الأمر اليها نافذا على الجميع .

ثانيا : القضـــاء

ترمى المقترحات البريطانية الى إدخال تعديل جوهرى على نظام القضاء المختلط :

(١) من حيث اختصاص المحاكم المختلطة .

(٢) ومن حيث القائمين بالقضاء فى هذه المحاكم .

١ - اختصاص المحاكم المختلطة :

تنص المادة الأولى من المشروع الأول من مشروعات سنة ١٩٢٠ على أن يعاد تنظيم المحاكم المختلطة ، بحيث يتناول اختصاصها المواد الآتية :

أولا : جميع المنازعات المدنية ، بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة .

ثانيا : جميع المازعات المدنية الأخرى التى باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها الى الآن .

ثالثا : جميع المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب .

رابعا : جميع الاجراءات الجنائية ضد الأجانب .

خامسا : جميع الاجراءات الجنائية ضد المصريين ، فى الأحوال التى باشرت المحاكم المختلطة القضاء فيها بالنسبة للمصريين حتى الآن (وقد اقترحت لجنة الأجانب إضافة جرائم التزوير واليمين الكاذبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت هذه الجرائم بدعاوى منظورة أمام المحاكم المختلطة) . ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم أى اختصاص فى المنازعات او المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم منتم الى احد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المنازعة او المسألة خاضعة فى بلاده لقضاة المحاكم الشرعية دون سواها .

ونلاحظ ان هذا النص هو من النصوص الأساسية فى مشروعات سنة ١٩٢٠ ، وهو المحور الذى يدور عليه الأصلاح القضائى المقترح . ولايخفى أن من شأنه ان يلغى المحاكم القنصلية وينقل اختصاصاتها المدنية والجنائية الى المحاكم المختلطة ، فيوسع بذلك اختصاص هذه المحاكم الأخيرة توسيعا كبيرا يظهر فيما يأتى :

أولا : يصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية بين مصريين وأجانب ، أو بين أجانب سواء كانوا من جنسية واحدة أو من جنسيات مختلفة . وهذه المواد هى الآن من اختصاص المحاكم المختلطة ، الا المنازعات المدنية المتعلقة بمنقول بين أجانب من جنسية واحدة ، فهى بموجب النظام الحالى من اختصاص المحاكم

القنصلية، فنقلتها مشروعات سنة ١٩٢٠ الى اختصاص المحاكم المختلطة، وهذه حسنة من حسنات هذه المشروعات، تزيد قيمتها إذا اضفنا الى ذلك أن المقترحات البريطانية قد قضت صراحة على التوسع فى تفسير كلمة «أجنبى» ذلك التوسع الذى تذهب اليه المحاكم المختلطة الآن بدون مستند قانونى صحيح، فلا يعود «الأجنبى» الخاضع لقضاء المحاكم المختلطة هو كل شخص غير مصرى الجنسية، سواء أكان تابعا لدولة من الدول المتمتعة بالامتيازات أم غير تابع لاحدى هذه الدول، بل تصبح القاعدة أن كل شخص فى مصر يكون خاضعا لقضاء المحاكم الأهلية الا إذا خرج من اختصاص هذا القضاء بحكم قانون أو عرف أو معاهدة، وبعبارة أخرى تصبح الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية، ولا يشمل اختصاص المحاكم المختلطة الا الأجانب المتمتعين بالامتيازات. ومن ذلك نرى أن اختصاص المحاكم المختلطة. وأن كان يتسع على حساب المحاكم القنصلية فيما يتعلق بالدعاوى المدنية بين الأجانب من جنسية واحدة، فهو يضيق لمصلحة المحاكم الأهلية فيما يتعلق بتحديد كلمة «الأجنبى» وقصرها على الأجانب المتمتعين بالامتيازات.

ونلاحظ قبل ترك هذه المسألة أنه يحسن النص على اعتبار الرعايا السابقين للدولة العلية، ولو كانوا قد وضعوا بعد الحرب تحت إنتداب دولة من الدول ذوات الامتيازات (كالفلسطينين والسوريين والعراقيين)، خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية. كذلك يحسن النص على أن كل الشركات التى تكون مصرية الجنسية، ولو تألفت من أجانب متمتعين بالامتيازات، تكون خاضعة لقضاء المحاكم الأهلية ايضاً.

ثانيا: ويصبح من اختصاص المحاكم المختلطة جميع المنازعات المدنية التى باشرت هذه المحاكم القضاء فيها إلى الآن: هذه عبارة مبهمة لايعرف مداها. وأظهر عيوب هذا النص أنه يقر المحاكم المختلطة على ما اختطته لنفسها، منذ إنشائها، من التوسع فى اختصاصها توسعاً لايستند إلى قانون، ولاتراعى فيه مصلحة المصريين. ولنذكر على سبيل المثال نظرية «المصالح المختلطة» (Théorie de l'intérêt mixte). فقد مدت المحاكم المختلطة اختصاصها، بفضل هذه النظرية، إلى قضايا كلُ

المتقاضين فيها مصريون ، ولايوجد بينهم أجنبى واحد ، بدعوى أن هناك مصلحة لأجنبى فى الدعوى ولو كانت هذه المصلحة ليست بالذات موضوع النزاع . واستندت فى ذلك إلى المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهى تنص على أن مجرد عمل رهن عقارى لمصلحة أجنبى على عين ثابتة ، أيا كان مالكها أو واضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هذا الرهن وفى جميع نتائجه ، ومنها بيع العقار جبرياً وتوزيع ثمنه . وطبقت النظرية على حجز ما للمدين لدى الغير ، فحكمت باختصاصها ولو كان كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه مصريين (أو أجنبيين من جنسية واحدة) ، مادام المحجوز لديه أجنبياً مختلفاً فى جنسيته عن جنسية الدائن والمدين . وحكمت باختصاصها فى قضية ترفع بين مصرى وشركة مصرية ، إذا كان بين المساهمين فى هذه الشركة أجنبى . ولا يتسع المقام هنا لبيان ما وسع المحاكم المختلطة ابتلاعه من القضايا التى هى فى الأصل من اختصاص المحاكم الأهلية (أو من اختصاص المحاكم القنصلية إذا كان المدعى والمدعى عليه أجنبيين من جنسية واحدة)، باسم نظرية « المصالح المختلطة » .

والذى نراه أن يحذف من المشروعات هذا النص ، بل يجب أيضاً القضاء على نظرية المصالح المختلطة قضاء صريحاً ، ووضع نص خاص بذلك ، كما كانت الحكومة المصرية تريد أن تفعل عندما قدمت إلى اللجنة الدولية اقتراحاً يقضى بأن اختصاص المحاكم المختلطة يتحدد بالنظر إلى جنسية الخصوم دون غيرها ، ودون إلتفات إلى المصالح المختلطة التى قد تتضمنها القضية بطريق غير مباشر

(Uniquement par la nationalité des parties en cause sans avoir égard aux intérêts mixtes qui pourraient étre indirectement engagès dans le proces).

أنظر رسالة الأستاذ الدكتور محمد بهى الدين بركات بك

(Privilèges et Immunités dont jouissent les Etrangers en Egypt vis-à-vis des Locales; Paris 1912. p. p. 255-256)

ثالثا : **وتختص المحاكم المختلطة كذلك بجميع المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب** : **وهذا توسيع آخر لاختصاص المحاكم المختلطة على حساب المحاكم القنصلية ، وهو توسيع محمود ،**

وعدت الحكومة البريطانية فى مذكرتها المشار اليها أن توافق عليه فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين، وأن كانت قد تشككت فى امكان أن توافق الدول ذوات الامتيازات كلها على ذلك . فذكرت أنه «قد يصعب على بعض الدول أن ترضى بنقل جميع قضايا رعاياها الخاصة بالأحوال الشخصية إلى المحاكم المختلطة فنقلها فى هذه الحالة يجب أن يكون إختيارياً، والاختصاص فى هذه الأمور يجب أن يظل للسلطات القنصلية، الا إذا تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة الأجنبية ذات الشأن على نقل ذلك الاختصاص إلى المحاكم المختلطة ، وانني أتوقع الاتفاق على أن تحول المحاكم المختلطة الاختصاص فى هذه الشؤون فيما يتعلق بالرعايا البريطانيين» .

وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من المشروع الأول ما يأتى : «ومع ذلك فلا يكون لهذه المحاكم (أى المحاكم المختلطة) أى إختصاص فى المنازعات أو المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم منتم إلى أحد المذاهب السنية ، إذا كانت مثل هذه المنازعة أو المسألة خاضعة فى بلاده لقضاء المحاكم الشرعية دون سواها» . والظاهر من هذا النص أن الأجانب المسلمين المتمتعين بالامتيازات الأجنبية ، كالتونسيين والمراكشيين ، يكونون خاضعين فى مسائل أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية المصرية ، لا للمحاكم المختلطة . ما داموا مسلمين سنيين ، وهذا توسيع فى اختصاص المحاكم الشرعية يمتد لأجانب متمتعين بالامتيازات ، وهو ما نرحب به (ومع ذلك انظر نقد الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا ، إذ يقرر انه رأى تعديلا لهذا النص مكتوباً بخط اليد ، من شأنه أن يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالفصل فى أى نزاع متعلق بالأحوال الشخصية ، متى كان يتوقف على الفصل فيه الفصل فى أصل الدعوى المنظورة أمامها ، وأنه لاتمكن إحالة النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية لأجنبى مسلم الا باتفاق الخصوم- ملحق المحاماة المشار اليه ص ١٧ - ١٩) .

رابعا : وتختص المحاكم المختلطة كذلك بجميع الاجراءات الجنائية ضد الأجانب: هذا هو أهم توسيع لاختصاص المحاكم المختلطة . فما برحت الحكومة المصرية تسعى وراء ذلك ، وفاوض نوبار باشا الدول

ذوات الامتيازات مراراً على هذا الأساس ولم ينجح ، حتى أنشئت المحاكم المختلطة دون أن يكون لها الا اختصاص جنائى ضيق ، ولكن الدول وعدت أن توسع من هذا الإختصاص الجنائى توسيعاً كبيراً بعد انقضاء سنة من إنشاء المحاكم المختلطة ، وها قد مضى على إنشاء هذه المحاكم أكثر من نصف قرن ، ونجحت التجربة نجاحا مبيناً لصالح الأجانب ، بدليل استمرار هذه المحاكم وتوطد نفوذها ، ومع ذلك بقى اختصاصها الجنائى ضيقاً كما كان . فالنص الجديد يعطى للمحاكم المختلطة الاختصاص الجنائى للمحاكم القنصلية ، وهذا ما يدعو إلى ازدياد نفوذ المحاكم المختلطة إزدياداً هائلاً لا يقاس إليه نفوذها الحاضر ، وما يدعو كذلك إلى زيادة عدد قضاتها وأعضاء نيابتها ، والى وضع قوانين جديدة للعقوبات وتحقيق الجنايات ، مع مراعاة إعطاء الضمانات اللازمة للأجانب ، واتباع نظام المحلفين وغير ذلك مما سيأتى ذكره فيما يلى . والخطوة طيبة ، كانت ترجو مصر أن توفق اليها من مدة طويلة . غير أنه لاتجب المبالغة فى تقاضى ثمنها بالاسراف فى إعطاء ضمانات للأجانب لا مسوغ لها ، وسنبين ذلك فى موضعه .

ويلاحظ أنه إذا اتخذت إجراءات جنائية ضد مصرى وأجنبى متهمين فى جريمة واحدة ، فالظاهر أن المصرى يحاكم أمام المحاكم الأهلية ، ويكون الأجنبى طبقاً لهذه المشروعات خاضعا للمحاكم المختلطة . وليس فى هذا تقدم على الحالة التى نحن فيها الآن ، والتى تقضى بجواز تقديم بعض المتهمين فى جريمة إلى المحاكم الأهلية ، وتقديم البعض الآخر الى المحاكم القنصلية ، ويستتبع ذلك تناقض الأحكام فى جريمة واحدة ، مما تأباه أبسط مبادىء العدالة . والواجب فى مثل هذه الأحوال أن يقدم جميع المتهمين فى جريمة واحدة الى محكمة واحدة . والأولى أن ينص على أن تكون المحاكم الأهلية هى المختصة بنظر الدعاوى الجنائية التى يكون فيها أحد المتهمين مصريا ولو كان باقى المتهمين من الأجانب ، وذلك توحيداً للأحكام وتغليبا لقضاء البلاد العام على القضاء الاستثنائى للمحاكم المختلطة ، ذلك أن سياسة الأصلاح القضائى فى مصر يجب أن تكون مبنية على أساس التدرج شيئا فشيئا بالمحاكم الأهلية ، حتى يمتد اختصاصها الى جميع ما هو خارج الآن عن هذا الاختصاص ، فتفنى فيها المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية والمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمجالس الملية ، وبذلك يتوحد القضاء فى البلاد .

وعلى هذا الأساس نرى رفض اقتراح الأجانب الذى يرمى الى توسيع الاختصاص الجنائى للمحاكم المختلطة بالنسبة للمصريين ، فيجعلها تنظر جرائم التزوير واليمين الكاذبة وشهادة الزور والنصب ببيع ملك الغير ، إذا ارتبطت بدعاوى منظورة أمام المحاكم المختلطة .

خامسا : وقد نصت المادة الثانية من المشروع الأولى على ما يأتى :

« يجوز قانونا للمحاكم الأخرى غير المحاكم المختلطة أن تباشر القضاء بالنسبة لكل دعاوى أجنبى يقبل الخضوع لها ، ولا يعتبر الأجنبى ، فيما يتعلق بهذه المادة ، قابلا أن يخضع لقضاء محكمة الا فى الأحوال الآتية :

(١) إذا رفع هو دعواه الى هذه المحكمة بصفته مدعيا ، أو تدخل فى دعوى مرفوعة من قبل .

(٢) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى فى دعوى حضر فيها ، ويستتبع قبول الخضوع لمحكمة الدرجة الأولى الخضوع لقضاء محاكم الدرجات التى من نوعها » .

وهذا النص ، كما يتضح للقارىء ، على جانب عظيم من الأهمية ، لأنه يقرر جواز تقاضى الأجانب امام المحاكم الأهلية والمحاكم الشرعية إذا رضوا بذلك ، والأصل أن اختصاص المحاكم المختلطة يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز لأجنبى خاضع لهذه المحاكم أن يتفق مع خصمه على أن يتقاضيا الى محكمة أخرى ، وللمحكمة التى اتفقا على اختصاصها أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . إلا أن المادة الثانية التى نحن بصددها تقرر صراحة ان للأجنبى أن يلجأ للمحاكم الأهلية وللمحاكم الشرعية ولغيرها من المحاكم ، دون المحاكم المختلطة ، وتقول المذكرة الايضاحية لمشروعات سنة ١٩٢٠ : «للاجانب بمقتضى المادة الثانية الحق فى اختيار التقاضى امام المحاكم الأخرى القائمة غير المحاكم المختلطة ، وهذا نص جديد ، الا أنه قد رؤيت اضافته لاحتمال أن يفضل الأجانب فى بعض الأحوال أن يرفعوا منازعتهم الى المحاكم الدينية القائمة بمصر الآن والى المحاكم الأهلية» .

ولاشك أن فى تقرير هذا المبدأ خطوة كبرى فى التدرج نحو جعل اختصاص المحاكم الأهلية عاماً شاملا للأجانب ، وهو ما يجب على مصر

ان تسعى للوصول اليه ، ولكن لا تكون هذه الخطوة كاملة إلا إذا تقرر بصراحة أن الاتفاق مقدماً على اختصاص محاكم مصرية غير المحاكم المختلطة صحيح قانوناً . ذلك لأن نص المادة الثانية غامض فى هذا الموضوع ، فظاهره يشعر بأن الأجنبى لا يعتبر راضياً باختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة الا فى حالتين :

(١) إذا رفع هو الدعوى بصفته مدعياً ، أو تدخل فى دعوى مرفوعة من قبل . ففى هذه الحالة يعتبر راضياً باختصاص المحكمة التى رفع دعواه اليها أو التى تدخل فى دعوى مرفوعة أمامها ، ولا يملك إذاً أن يدفع بعد ذلك بعدم اختصاص هذه المحكمة . ولكن المدعى عليه - مصريا كان أو أجنبيا - يملك الدفع بعدم الاختصاص ، لأنه ليس هو الذى رفع الدعوى حتى يعتبر راضياً باختصاص المحكمة . والأولى أن ينص انه إذا كان المدعى عليه مصرياً ، ورفع الأجنبى دعواه عليه أمام محكمة أهلية ، فلا يملك المصرى أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة ، لأنه إنما قوضى أمام محكمته الطبيعية .

(٢) إذا لم يدفع بعدم اختصاص المحكمة قبل صدور حكم تمهيدى أو قطعى فى دعوى حضر فيها (وتقترح لجنة الأجانب عدم جواز هذا الدفع بعد اقفال باب المرافعة ولو قبل النطق بالحكم ، ونحن نوافق اللجنة على هذا الاقتراح) . وفى هذا الفرض يكون الأجنبى هو المدعى عليه لا المدعى ، وقد رفعت عليه دعوى - من مصرى أو من أجنبى - أمام المحاكم الأهلية أو المحاكم الشرعية مثلا ، فقبل أن يترافع أمامها ولم يدفع بعدم الاختصاص .

هذان هما الفرضان المنصوص عليهما صراحة ، وفيهما يمكن أن يكون الأجنبى خاضعاً لغير المحاكم المختلطة . وهناك فرض ثالث لم يتعرض له النص ، وهو أن يتفق الطرفان فى العقد على أن تكون المحكمة المختصة هى محكمة اخرى غير المحاكم المختلطة ، وقد تساءلت لجنة الأجانب عن الأثر القانونى الذى يترتب على مثل هذا الشرط ، واظهرت تخوفها من أن التسليم بصحته يؤدى الى أن تستعمله الحكومة فى عقودها مع الأجانب ، فتسلب بذلك جزءاً عظيما من اختصاص المحاكم المختلطة . ونحن لانرى وجهاً لهذا التخوف ، ونشدد من جهة أخرى فى

وجوب تقرير صحة مثل هذا الشرط بعبارة صريحة ، لأنه يخشى إذا ترك الأمر مبهماً أن تفسر المحاكم المادة الثانية على انها نص استثنائى لايجوز التوسع فيه ، وتقف عند الفرضين المنصوص عليهما فى هذه المادة ، ولا تسلم بصحة الاتفاق مقدماً على اختصاص محكمة غير المحاكم المختلطة ، بحجة أن هذا الفرض غير منصوص عليه . وذلك بدلا من أن تقرر أن المادة الثانية إنما هى مجرد تطبيق لمبدأ مفهوم ضمناً هو أن اختصاص المحاكم المختلطة ليس من النظام العام ، فيصح الاتفاق على اختصاص محكمة غير هذه المحاكم . لاندرى أى تفسير يكون نصيب هذه المادة الغامضة ، ولذلك نرى قطعاً لكل لبس ان ينص صراحة على صحة الاتفاق المشار اليه . وليس صحيحاً ما تذهب اليه لجنة الأجانب من أن التسليم بصحة هذا الاتفاق من شأنه أن يسلب المحاكم المختلطة جزءاً عظيما من اختصاصها ، فإن اكثر القضايا التى ترفع أمام هذه المحاكم قضايا تجارية ، وهذه لاتستند فى الغالب إلى عقود مكتوبة ، فلا يحتمل أن يوجد فيها هذا الشرط. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فانه فى الفروض القليلة التى يتحقق فيها وجود الشرط يكون الأجنبى المتعاقد قى رضى به ، وتدبر أمره قبل أن يقدم على ذلك ، ووزن بين الرضاء بالشرط وعدم التعاقد أصلاً مع مصرى ، ففضل الأمر الأول . على أن التسليم بصحة الشرط ، من جهة ثالثة ، يشجع كثيراً من المصريين على التعاقد مع الأجانب ، إذ تتيسر لهم وسائل التقاضى عند الضرورة ، فالأمر من هذه الوجهة مصلحة للأجانب انفسهم .

لانترك موضوع اختصاص المحاكم المختلطة قبل أن ننبه إلى أمر سبق أن أشرنا اليه ، وهو وجوب جعل القضايا المدنية العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً ، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ومن جنسية واحدة . نحن نعلم أن مشروعات سنة ١٩٢٠ ، قد سلمت كما يسلم نظام المحاكم المختلطة القائم ، أن جميع القضايا العقارية بين المصريين والأجانب ، أو بين الأجانب ولو كانوا من جنسية واحدة ، تكون من اختصاص المحاكم المختلطة . بل قد حاولت محكمة مصر المختلطة ، فى وقت ما ، أن تجعل القضايا العقارية التى يكون المتقاضون فيها كلهم مصريون من اختصاص المحاكم المختلطة ايضاً بدعوى أن المتقاضين فى

هذه الحالة من جنسية واحدة هى الجنسية المصرية ، (وكان ذلك راجعاً لابهام فى نص المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، فصدر دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ معدلا للنص المبهم ، وقاطعاً فى أن القضايا العقارية بين المصريين من اختصاص المحاكم الأهلية) . ولكن كل هذا جاء غير متفق مع ما تسمح به الامتيازات نفسها للأجانب ، فان هؤلاء إنما خول لهم قانوناً حق تملك عقارات فى مصر بشرط خضوعهم للمحاكم التى يخضع لها المصريون ، كما سبق أن ذكرنا ، وهذا ما أشار اليه نوبار باشا فى مذكرته التى رفعها للخديوى اسماعيل سنة ١٨٦٧ ، إذ قرر فى هذه المذكرة أن القضايا العقارية خاضعة لاختصاص محاكم البلاد وقوانينها ، وكان على حق فيما قاله من الوجهة القانونية . لذلك إذا قلنا باختصاص المحاكم الأهلية بنظر جميع الدعاوى العقارية ، ولو كانت بين اجانب ، لانكون إلا متردين حقاً مغتصباً لا تأباه علينا نفس الامتيازات الأجنبية .

ونحن نجتزىء هنا بذلك ، ونحيل القارىء على ما سبق لنا ذكره فى هذا الموضوع عند الكلام على التشريع .

بقى فى موضوع الاختصاص أن نشير إلى بعض احكام تفصيلية وردت فى المشروع الأول .

(١) تنص المادتان التاسعة والعاشرة على ان السلطة المصرية لها حق إنشاء محاكم جنايات جديدة وكذلك محاكم كلية ومحاكم جزئية جديدة . ولما كان يخشى انه إذا انشئت محاكم جديدة على هذا النحو اعتبر هذا حقاً مكتسباً للأجانب لايجوز الرجوع فيه ، نرى انه يحسن النص على أن السلطة المصرية التى تملك حق إنشاء محاكم جديدة لها أيضاً حق الغائها . وبذلك يتسنى للحكومة المصرية أن ترجع إلى عدد المحاكم التى نص عليها فى المشروعات ، عند ما تزول الحاجة التى دعت إلى إنشاء محاكم جديدة .

(٢) تنص المادة الثالثة عشرة على أنه يجوز للمحاكم الكلية والمحاكم الجزئية عقد جلسات فى اى مكان داخل فى دائرة اختصاصها غير مقرها . ونحن نرى عدم جواز استعمال هذا الحق فى اى وقت ، وذلك لأن المسألة تعتبر من المسائل الادارية فى القضاء ، يجب أن يشرف عليها وزير

الحقانية . هذا إلى أن استعمال المحاكم المختلطة لهذا الحق بدون إشراف من الحكومة المصرية يمكنها من أن تنتشر فى كل البلاد ، دون أن تكون هناك حاجة لذلك ، ونحن نرى أن الأولى حصر المحاكم المختلطة ، وهى محاكم استثنائية ، فى مقراتها المحددة لها ، الا إذا وجدت ضرورة تدعو الى غير ذلك ، ويترك للحكومة المصرية أمر تقدير هذه الصورة .

(٣) تقضى المادتان السابعة عشرة والتاسعة عشرة بأن محكمة الجنح لاتملك الحكم بعقوبة الحبس لمدة أكثر من سنتين ، والجنح التى تزيد العقوبة المقررة لها على هذه المدة تكون من اختصاص محكمة الجنايات . وقد سبق أن قررنا أن الأفضل اعطاء كل محكمة اختصاصها الطبيعى ، فتختص محكمة الجنح بكل الجنح ولو زادت العقوبة المقررة لها على سنتين . لاسيما أنه يفهم من المشروعات أن محكمة الجنايات تختص بجنحة قد لاتحكم فيها بعقوبة تزيد على سنتين ، ما دام الحد الأقصى المقرر لهذه الجنحة يزيد على هذه المدة ، وما دام قاضى التحقيق يرى ان العقوبة التى للمحكمة الجزئية ايقاعها غير كافية (أنظر المادة ١٢ من المشروع الأول) . وفى هذا ما يجعل محكمة الجنايات تنظر جنحاً قد لاتحكم فيها الا بعقوبات بسيطة ، مما لايتناسب مع أهمية هذه المحكمة ويجعل الضمانات التى يراد اعطاؤها للأجانب فى هذا الشأن تزيد على الحد المعقول .

(٤) تقضى المادة الثامنة عشرة بالاّ تكون المحاكم الجزئية مختصة بنظر دعاوى التعويض أو الرد من قبل المدعى بالحق المدنى ، إذا زادت قيمة الطلب على مائتى جنيه (واقترحت لجنة الأجانب رفع هذا الحد الى ثلاثمائة جنيه فقبل اقتراحها) . فهل هذا النص يمنع من تحريك المدعى المدنى لدعوى الجنحة المباشرة (مع ملاحظة ما أحيطت به هذه الدعوى من قيود سبق أن انتقدناها) إذا كان التعويض الذى يطالب به أكثر من ثلاثمائة جنيه . نرى ان يصاغ النص بحيث لايكون مانعاً من ذلك ، حتى لايقفل باب الدعوى المباشرة أمام المجنى عليهم ، وتكون جسامة الضرر الذى أصابهم من الجريمة سبباً فى حرمانهم من التمتع بحق كان ثابتا لهم .

(٥) تعطى المادة السادسة والثلاثون للنائب العمومي الحق في انتداب محامين لمباشرة اختصاصاته، وهذا نظام انجليزي غير مألوف في بلادنا، ولذلك نتردد في إقراره.

(٦) تنص المادة التاسعة والثلاثون على أن ليس للنائب العمومي أن يأمر بتفتيش مسكن خاص، ولا أن يصدر أمراً بالضبط أو الاحضار، ولا أن يحلف الشهود، أو يعين خبيراً حلف اليمين. وهذا النص يقرر الفصل بين سلطتين، سلطة التحقيق، وسلطة مباشرة الدعوى العمومية، وقد احتفظ بهذه السلطة الأخيرة للنائب العمومي. والنظام المعمول به في المحاكم الأهلية يقضي بأن النيابة تقوم بالتحقيق وبإقامة الدعوى العمومية وبمباشرتها. ووجود فرق بين هذين النظامين (الأهلي والمختلط) في هذه المسألة المهمة غير محمود، فالأولى إزالته أما بإتباع مبدأ الفصل بين السلطتين في كل من النظامين، أو بإتباع مبدأ عدم الفصل.

(٧) تنص المادة الواحدة والأربعون على أن للنائب العمومي صفة في أن يقيم على الأفراد أية دعوى مدنية لازمة لحماية حقوق متعلقة بعامة السكان، أو بطائفة من الأفراد غير المعينين تجمعهم مصلحة مشتركة غير تعاقدية، كما له حق التدخل في أية دعوى مدنية قائمة بين الأفراد على حقوق من النوع المذكور في الفقرة السابقة. وهذا النص يقرر حكما جديداً لم يقرره التشريع المصري حتى الآن، ونحن نرى هذا الحكم مفيداً ونقره، على أن يكون استعمال النائب العمومي لهذا الحق مقيداً بإذن من وزير الحقانية، لأن طبيعة الدعاوى المذكورة في النص تقتضي أن يكون للسلطة التنفيذية رأى فيها. ومن فوائد هذا النص حماية الجمهور من تعسف شركات الاحتكار، إذ يتيسر للنيابة العمومية المختلطة رفع الدعوى المدنية على هذه الشركات. وحبذا لو أعطى للنيابة العمومية الأهلية سلطة شبيهة بهذه حتى يتيسر لها رفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الأهلية إذا اقتضت الحال ذلك.

(٨) تنص المادة الواحدة والخمسون على أن المحاكم هي التي تفصل في أمر اختصاصها. ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمي باشا تعليقاً على

هذه المادة (أنظر ملحق المحاماة المشار اليه ص ٢٢) : « هذا مبدأ فى غاية الخطر ، إذا أعطى هذه المحاكم سلاحاً تسلب به ما تشاء من اختصاص المحاكم الوطنية ، ويكون عملها قانوناً واجب الاحترام بدون رقيب عليه فيه ولا عتيد . نحن نفهم أن كل محكمة حرة فى الحكم فى مسائل الاختصاص ، ولكن نعرف من جهة أخرى أنه متى وجد فى بلد قضاءان من نوعين مختلفين يتنازعان الاختصاص فلابد من وجود محكمة للفصل بينهما ، حتى لاتتعدى إحداهما على الأخرى . أما إعطاء إحداهما بالنص الصريح حق التحكم فى الأخرى فهذا ما لم يقل به أحد ، بل هو من الشذوذ التشريعى الذى لايطاق » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروعات ما يأتى : « وقد اقترح مراراً إنشاء محكمة عليا فى مصر ، والمشروعات الحالية لا تنص على إنشاء مثل هذه المحكمة وأهم حجة استند عليها فى تأييد اقتراح إنشاء محكمة عليا هو الشعور لضرورة إنشاء محكمة تختص بالفصل فى تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية . ويجوز أن تنعقد بهيئة محكمة نقض للمحاكم المختلطة وللمحاكم الأهلية على السواء ، حتى تحقق بقدر الامكان الانسجام بين أحكام هاتين الهيئتين القضائيتين ، غير أن مشروعات إعادة تنظيم المحاكم المختلطة لايقصد بها أن تمس نظام المحاكم الأهلية ، فلذا كان من المتعذر أن تنص القوانين الحالية على إنشاء محكمة عليا » .

وما جاء فى المذكرة الايضاحية صحيح إذا كان المراد من المحكمة لعليا أن تكون محكمة نقض للمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، أما إذا كان المراد منه أن تكون محكمة للفصل فى تنازع الاختصاص بين الهيئتين القضائيتين فلا يمكن الاعتراض على إنشاء محكمة كهذه ، ولا يمكن أن يقال أن إنشاءها يمس نظام المحاكم الأهلية ، بل هو يحمى المحاكم الأهلية من أن تغير المحاكم المختلطة على إختصاصها . ولذلك نرى ضرورة النص على إنشاء هذه المحكمة .

(٩) تقضى المادة التاسعة والخمسون بأن الملك يحتفظ بحق العفو التام أو الجزئى وبحق تخفيف العقوبة ، ولا يمنح العفو ولا تخفيف العقوبة الا بعد أخذ رأى وزير الحقانية ، ولكنهما يمنحان فى حالة الأجنبى بناء على توصية المندوب السامى ، وكل حكم بالاعدام يعرض

على الملك قبل تنفيذه ، ولا ينفذ مثل هذا الحكم على أجنبى الا بموافقة المندوب السامى . وجاء فى المذكرة البريطانية ما يأتى : « أما فى حالة العفو أو التخفيف من عقوبة صادرة على الأجانب ، وفى حالة تنفيذ حكم الاعدام فيهم ، فان وزير الحقانية يستشير المستشار القضائى ما دام هذا الموظف باقياً ، وذلك قبل تقديم مشورته الى الملك » . فكل ما حدث من التعديل أن المستشار القضائى حل محل المندوب السامى . ونحن لانرى معنى لهذه الضمانة الزائدة عن الحاجة بالنسبة للأجانب ، بعد أن تمتعوا بكل الضمانات المعقولة : قضاتهم أجانب فى أغلبيتهم ، والعدول كذلك ، واجراءات التحقيق لوحظ فيها رعاية حق المتهم وإعطاؤه كل فرصة للدفاع عن نفسه . أبعد كل هذه الضمانات إذا صدر حكم بالاعدام على مجرم يجب الرجوع فى تنفيذه الى المستشار القضائى ؟ وكيف يتحدد تدخل هذا المستشار فى أعمال القضاء ؟ كذلك لا يجوز العفو عن أجنبى ، أو تخفيف عقوبة صادرة عليه ، الا بعد الرجوع الى ذلك الموظف الكبير ، أليس معنى ذلك تعويد الأجانب على أن يروا المستشار القضائى ملاذهم الأعلى وحاميهم من سطوة القضاء العادل ؟ بل قد يرون فيه هيئة استئنافية عليا مشرفة على كل درجات القضاء الذى يخضعون لاختصاصه . وليس للمستشار القضائى الآن شىء من هذه السلطة ، فكيف نعطيها له فى الوقت الذى ننادى فيه بوجوب استرجاع الدولة المصرية لسيادتها فى القضاء . الأولى إذا حذف هذا النص الذى لايمكن تعليله الا بأنه اثر من آثار دعوى بريطانيا العظمى حمايتها للأجانب فى مصر ، وهذه دعوى لايجوز أن تقرها مصر فى المعاهدة المزمع عقدها بينها وبين بريطانيا كما سبق أن أشرنا الى ذلك .

(١٠) تنص المادة الستون على أن تنشأ لجنة لوائح مشكلة على الوجه الآتى : رئيس محكمة الاستئناف وثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف لمدة سنة واحدة ، وأحد المحامين ينتخبه مجلس النقابة لمدة سنة ، وعضو يعينه وزير الحقانية ، ويشترط لصحة انعقاد هذه اللجنة حضور خمسة من أعضائها على الأقل . وتنص المادة الواحدة والستون على انه يجوز لوزير الحقانية ، بناء على اقتراح لجنة اللوائح ، أن يصدر بقرار وزارى لوائح قضائية عامة فى المواد الآتية :

(أ) مسائل الاجراءات المدنية والجنائية .

(ب) تنظيم أعمال المحاكم وترتيب إدارتها الداخلية . ولا يجوز أن تتعارض هذه اللوائح مع نص فى القانون ، ومع ذلك فالى أن تصدر قوانين المرافعات المدنية والجنائية الجديدة ، يجوز لمجلس الوزراء ، بناء على اقتراح اللجنة ، أن يصدر لوائح قضائية خاصة بهذه المواد يكون فيها خروج على التشريع الحالى .

ونحن نكتفى هنا بتعليق الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا على هاتين المادتين (انظر ملحق المحاماة ص ٦١ - ص ٦٢) .

« ونلاحظ على هاتين المادتين .

أولا : أنه مع سعة اختصاص هذه اللجنة فإنها مكونة من تسعة أعضاء ، قد لايكون بينهم وطنى الا مندوب وزير الحقانية ، وهذا غير مقبول أصلا - فعلى فرض بقاء مثل هذه اللجنة يجب أن يتقرر أن تكون غالبيتها من الأعضاء الوطنيين .

ثانيا : إذا جاز لهذه اللجنة أن تضع لوائح للنظام الداخلى وسواه غير مخلة بالقوانين ، وجاز لوزير الحقانية أن يصدر هذه اللوائح ، فكيف يجوز لها أن تتدخل فى مسألة التشريع فى المرافعات المدنية والمرافعات الجنائية ، وأن يكون تشريعها قانوناً متى أقره مجلس الوزراء ؟ أن مسائل التقنين فى البلاد لايصح بحال من الأحوال أن ترجع لغير سلطة البرلمان المصرى ، وإلاّ يصدر أى قانون إلا بعد تمحيصه بمعرفة نواب الأمة ، وعلى ملأ منهم ، كفانا ما جرته علينا سلطة الفرد وتشريعه فى الخفاء . أن نفس مشروع الاتفاق الذى وضعته لجنة ملنر يلاحظ فيه أن كل تشريع فى مصر راجع للبرلمان المصرى ، وسار على الأجانب ما لم تحصل معارضة من ممثل دولة انجلترا . فان فرض بقاء لجنة اللوائح المذكورة ، فمع القيد الذى أشرنا اليه أولا ، ينبغى الاّ يكون من عملها سوى أمانىّ تضعها ثم تعرضها على وزير الحقانية ، والحكومة تعمل بها مشروع قانون ، يعرض على البرلمان ليقره أو يعدله أو يرفضه » .

(ب) القائمون بالقضاء فى المحاكم المختلطة الجديدة وعمال هذه المحاكم.

وسعت مشروعات سنة ١٩٢٠ من اختصاص المحاكم المختلطة توسيعا كبيرا، وجعلتها تلتهم اختصاص المحاكم القنصلية وشيئا من اختصاص المحاكم الأهلية، فنبهنا الى وجوب الاحتفاظ باختصاص المحاكم الأهلية كاملا، لأن هذه المحاكم هى المحاكم العامة للبلاد، فيجب التوسيع فى اختصاصها لا الانتقاص منه. والآن نتعرض لموضوع آخر، فان مشروعات سنة ١٩٢٠، بعد أن وسعت فى اختصاص المحاكم المختلطة على النحو المتقدم، قيدت سلطة الحكومة المصرية فيما يتعلق بالقائمين بالقضاء فى هذه المحاكم وبعمالها من وجهين. أولهما من حيث الجنسية، والثانى من حيث التعيين.

اولا: من حيث الجنسية: نصت المادة الثالثة والأربعون من المشروع الأول على انه يحتفظ للأجانب بالمراكز والوظائف الآتية:

(١) مركز رئيس محكمة الاستئناف وكل من المحاكم الكلية.

(٢) مركز النائب العمومى.

(٣) وظائف قضاة المحاكم الجزئية وقضاة المواد المستعجلة. ونصت المادة الرابعة والأربعون من المشروع نفسه على انه عند تأليف دائرة من ثلاثة قضاة أو اكثر تكون الأغلبية من القضاة الأجانب (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب من ان الأغلبية على الأقل تكون من الأجانب)، ويقوم بوظيفة قاضى التحقيق قاض أجنبى الا فى حالة عدم وجود متهم أجنبى. ونصت المادة الخامسة والأربعون على ان يكون كل العدول فى محكمة الجنايات أجانب إذا كان كل المتهمين اجانب، وفى جميع الأحوال يكون أحد العدول من جنسية المتهم، ولايجوز أن يكون أكثر من واحد من جنسيته (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب القاضى بأن يكون نصف عدد العدول من جنسية المتهم إذا أمكن)، إذا لم يوجد عدول من جنسية المتهم فيحق له أن يعين جنسية أحد العدول، ولايجوز أن يكون أكثر من اثنين من جنسية واحدة (وقد قبل اقتراح لجنة الأجانب الذى يقرر حكما خاصا فى الحالة التى يكون فيها المتهمون من جنسيات مختلفة). ونصت المادة ٤٦ على أنه لاتصدر أوامر الاحضار والضبط ضد الأجانب الا من قضاة اجانب، وكذلك

فيما يتعلق بأوامر تفتيش مسكن خاص لأحد الأجانب، الا أنه فى حالة التلبس بالجريمة، أو فى الأحوال الأخرى التى يقرها القانون، يكون للأجنبى المقبوض عليه بغير أمر من القاضى الحق فى أن يحال بدون إبطاء، وعلى الأكثر فى ظرف ٤٨ ساعة من وقت ضبطه، إلى قاض أجنبى، بحيث إذا مضت هذه المدة وجب اطلاق سراحه. ونصت المادة السابعة والأربعون على أنه فى محافظات القاهرة والاسكندرية وقناة السويس، وكذلك فى مركز الرمل وفى المدن التى توجد بها محكمة جزئية، يوكل تنفيذ الأوامر المنصوص عليها فى المادة السابقة، وكذلك كل اجراءات التنفيذ الأخرى التى تستدعى دخول مسكن أحد الأجانب الخاص، إلى ضباط بوليس أجانب، أو موظفين قضائيين أجانب، أو إلى أى موظف آخر يعينه بالاسم قاض أجنبى.

هذه مجموعة من النصوص تجعل المحاكم المختلطة محاكم أجنبية مغرقة فى أجنبيتها، مهما قيل فى وصف أنها مصرية من الوجهة النظرية المحضة. الأغلبية على الأقل فى الدوائر تكون من القضاة الأجانب أى لايوجد ما يمنع من أن يكونوا كلهم أجانب. رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية أجانب. النائب العمومى أجنبى. القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق أجانب. اغلبية العدول فى محاكم الجنايات أو كلهم اجانب. لايجوز أن يصدر امر الاحضار أو الضبط أو التفتيش على أجنبى الا من قاض أجنبى، ولايجوز أن ينفذ هذا الأمر الا موظفون قضائيون اجانب. ماذا بقى إذاً للمصريين فى هذه المحاكم؟ أن تصدر الأحكام باسم الملك، وأن تجلس أقلية ضئيلة من القضاة المصريين، إذا سمح بذلك، بجانب هذه الأغلبية المطلقة من القضاة الأجانب.

هذا ما لايمكن التسليم به، بل هذا هو أسوأ حالا مما نحن عليه الآن، فليس فى الامتيازات الأجنبية ما يحتم على حكومة مصر تعيين أجانب بين رجال البوليس، وليس فى اتفاقية المحاكم المختلطة مايوجب على الحكومة أن تعين أجنبياً فى وظيفة النائب العمومى، وإن كانت قد فعلت ذلك فلم يكن هذا خاضعاً لالتزام قانونى، وليس فى نظام المحاكم المختلطة ما يستلزم أن يكون القضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة

أجانب . ومع ذلك نرى مشروعات سنة ١٩٢٠ تحتفظ للأجانب بهذه الوظائف . كنا نحسب أننا نسير إلى الامام فى تخفيف وطأة الامتيازات الأجنبية ، فإذا بنا نخطو الى الوراء ، ونعطى للأجانب امتيازات جديدة لم تكن لهم من قبل ، ولا يمكن أن يحمل رضاؤنا بذلك الأعلى أننا عابثون .

لاشك فى أنه من الواجب على المفاوض المصرى ألا يقبل شيئاً من سلسلة القيود التى ذكرتها النصوص المتقدمة . ويجب على العكس أن ينص صراحة على جواز أن يكون رئيس محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الكلية مصريين ، وكذلك النائب العمومى ، والقضاة الجزئيون وقضاة الأمور المستعجلة وقضاة التحقيق . وإذا لم يشعر القاضى المصرى ، الذى يجلس الى جنب القاضى الأجنبى ، بالتساوى المطلق بينه وبين زميله ، فكيف يمكن أن ينتظر منه تأدية وظيفته بما يجب لها من كرامة وإباء ؟ وهل تكون وظيفة القضاء فى المحاكم المختلطة ، بالنسبة للمصريين المحرومين من أن يكونوا رؤساء محاكم ، والذين لايوثق بذمتهم او بكفايتهم الى الحد الذى يسمح لهم بالجلوس للحكم منفردين كقضاة جزئيين أو قضاة أمور مستعجلة ، هل تكون وظيفة القضاء بالنسبة لهم الا نوعاً من أنواع التقاعد ، يتلمسه من يؤثر الراحة والسكون والدعة ؟ والا فماذا يفعل القاضى المصرى ، وأى أثر جدى يمكن أن يكون له فى هذه المحاكم ، إذا كان مقدراً عليه ألا يكون الا عضواً فى دائرة يكون فيها الأقلية دائماً ، كأنه لايجلس للقضاء فى بلاد مصرية وفى محاكم مصرية ؟ هل من العدل أن تكون اغلبية القضاة أجانب فى هذه المحاكم التى توصف بأنها مصرية ؟ والتى إذا عد المتقاضون الذين يتحاكمون اليها كان نصفهم على الأقل من المصريين ؟ وما معنى أن تكون العدول جميعهم أجانب إذا لم يكن بين المتهمين مصرى ؟ أليست الجريمة قد وقعت فى أرض مصرية ، وقد يكون المجنى عليه فيها مصريا ؟ ألا يهم الدولة المصرية أن يعاقب المجرم ولو كان أجنبياً ؟ وما الفرق إذاً بين المحاكم القنصلية التى يراد إلغاؤها وبين هذا النظام المقترح ؟

نحنى نرى أنه إذا لم تحذف هذه النصوص من المشروعات ، وينص على عكسها ، كان هذا تفريطا من المفاوض المصرى لايغتفر ، إذ أن الواجب علينا هو أن نسعى فى تمصير المحاكم المختلطة بقدر المستطاع ،

فلا تقتصر مصريتها على قشرة من الرسميات والأشكال، بل يجب أن تجاوز ذلك الى اللباب والصميم. أما الذى تنص عليه المشروعات فهذه محاكم أجنبية فعلا، لافرق بينها وبين المحاكم القنصلية، إلا فى انها مصرية من حيث الشكل لا من حيث الجوهر.

ثانيا : من حيث التعيين : ولا يقتصر الأمر فى هذه المشروعات على أن تكون الأغلبية المطلقة من القضاة اجانب، بل أن تعيين جميع القضاة ورجال النيابة الأجانب وترقياتهم يجب أن يؤخذ فيه رأى المستشار القضائى. وقد نصت المادة الأولى من المشروع نمرة ٣ على أنه يعين مستشارو محكمة الاستئناف وقضاة المحاكم الكلية بمرسوم يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وموافقة المندوب السامى. ونصت المادة الثالثة من المشروع نفسه على أن ترقية قاض من المحكمة الكلية إلى محكمة الاستئناف، وكذلك تعيين قاض فى وظيفة رئيس أو وكيل محكمة كلية أو محكمة الاستئناف، وكذلك تعيين قاض فى وظيفة رئيس أو وكيل محكمة كلية أو محكمة الاستئناف، وهو من قبيل الترقية، تحصل بمرسوم يصدر بناء على طلب وزير الحقانية وبموافقة المندوب السامى. وفى المقترحات البريطانية الحالية استبدل بالمندوب السامى المستشار القضائى إذ جاء فى المذكرة البريطانية ما يأتى: «ويؤخذ رأى المستشار القضائى مادام باقياً بشأن تعيين القضاة الاجانب فى المحاكم المختلطة وتعيين رجال النيابة الاجانب إذا لزم».

فما شأن المستشار القضائى فى تعيين القضاة الاجانب، ولماذا نثبت له هذا النوع من الأشراف على المحاكم المختلطة. ونجعل أمر تعيين قضاتها فى يده. وقد عرفنا من تجربة الماضى معنى «أخذ رأى المستشار». معنى ذلك إلزام الحكومة المصرية باتباع هذا الرأى، ومعنى هذا الالزام أن الغالبية من القضاة الاجانب يكونون بطبيعة الحال انجليزا، والاقلية من الاجانب التى لا تكون من الانجليز يكون أمر تعيينها فى يد المستشار فهى خاضعة لنفوذه، ومعنى ذلك أخيراً تركيز الامتيازات الأجنبية التى كانت موزعة بين عدد كبير من الدول فى يد دولة واحدة هى انجلترا، وها هو المستشار القضائى يشرف على القضاء، من حيث تعيين القضاة، ومن حيث تخفيف العقوبة أو العفو عن المجرمين، ومن حيث

تنفيذ أحكام الاعدام . اليس معنى ذلك أن انجلترا هى حامية الاجانب فى مصر ، فهى تسجل لنفسها ذلك ، ونحن نعترف به طائعين مختارين ؟

إذا عجزت الحكومة المصرية فى مفاوضاتها مع الدول ذوات الامتيازات عن أن تطلق لنفسها الحرية التامة فى انتقاء القضاة الأجانب ، فلا أقل من بقاء الحال على ما هى عليه الآن . وإذا كان توسيع اختصاص المحاكم المختلطة يقضى بزيادة عدد القضاة ، فلتزد بالنسبة الموجودة الآن بين كل نسبة وأخرى ، وبالنسبة الموجودة بين الأجانب والمصريين ، وليكن تعيين القضاة الجدد من الأجانب فى يد الحكومة المصرية ، بعد الاستئناس بطريقة غير رسمية برأى الحكومة التابع لها القاضى الأجنبى المراد تعيينه . ولتكن الترقية الى وكيل أو رئيس الجمعية العمومية للمحكمة ، كما هو الأمر الآن ، أما النائب العمومى فيجب أن تكون الحكومة المصرية حرة فى تعيينه هو وجميع رجال النيابة كما ترى ، فهو أقرب للسلطة التنفيذية منه الى السلطة القضائية ، لاسيما وقد نزعت منه سلطة التحقيق كما تقضى بذلك المشروعات . وإذا كان من المرغوب فيه فى أول عهد الاصلاح أن يكون هذا النائب أجنبياً ، حتى تطمئن الاجانب لهذا التغيير الجديد الذى يلغى محاكمها القنصلية ، فلا معنى للنص على ذلك فى المعاهدة ، حتى لاتتقيد مصر بذلك دائماً ، بل يترك الأمر للظروف ، فمتى حان الوقت الملائم امكن الحكومة المصرية أن تعين مصرياً فى وظيفة النائب العمومى . دون أن تكون مقيدة بنص يتعارض مع ذلك . أما رجال النيابة عدا النائب العمومى - وسيزيد عددهم كثيراً بعد أن يتقرر للمحاكم المختلطة هذا الاختصاص الجنائى الواسع - فيجب أن يكونوا جميعاً منذ الآن من المصريين .

•

ليس لنا بعد ذلك على المشروع نمرة ٣ الا ملاحظات تفصيلية لا محل هنا للاسهاب فيها . ويكفى أن نذكر أن رؤساء المحاكم الكلية ورئيس محكمة الاستئناف أعطوا فى هذا المشروع سلطة واسعة فى نقل القضاة وندبهم وتأديبهم وتسيير دفة الأمور (انظر المواد ٤ و ٥ و ١٤ و ٢٩ و ٣١ و ٣٤) . وفى أضعاف لسلطة الجمعيات العمومية للمحاكم ، وانتقاص من مبدأ محترم فى دوائر القضاء من أن جمعيات القضاة هى التى تدير شئونها ، وابعاد لاشراف وزير الحقانية على إدارة المحاكم

المختلطة (أنظر أثر أبعاد إشراف وزير الحقانية فى المادتين ٤٦ و ٥٣).
ونشير أيضاً الى وجوب تقوية العنصر المصرى فى بعض المجالس، كمجلس تأديب أعضاء النيابة (أنظر المادة ٦١)، ومجلس تأديب المحامين (أنظر المادة ٧٩).

كذلك نلاحظ وجوب تقوية العنصر المصرى بين الكتبة والمترجمين والمحضرين وغيرهم من عمال المحاكم المختلطة، فإن هذا العنصر يكاد يكون معدوماً الآن، ولتقويته أهمية كبرى من الوجهة العملية بالنسبة للمتقاضين المصريين، يعرفها كل من يتردد على المحاكم المختلطة (أنظر ملاحظات الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى هذا الأمر على المشروع نمرة ٣ فى ملحق المحاماة ص ٣٦ - ص ٤٠).

ثالثاً - الإدارة

من شأن المقترحات البريطانية ومشروعات سنة ١٩٢٠ أن تقيد الادارة المصرية - تبعاً لتعديل نظام الامتيازات الأجنبية - فيما يأتى :
(١) البوليس المصرى وإدارة الأمن العام.
(٢) ابعاد الأجانب.
(٣) تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم.
(٤) وجود المستشارين المالى والقضائى.

١ - البوليس المصرى وإدارة الأمن العام :

سبق أن أشرنا الى أن المادة السابعة والأربعين من المشروع الأول من مشروعات سنة ١٩٢٠ تقضى بأن يوجد ضباط أجانب فى البوليس المصرى أو موظفون قضائيون أجانب، وذلك فى جهات معينة منها القاهرة والاسكندرية، لتنفيذ أوامر الضبط والاحضار والتفتيش الصادرة ضد أجنبى.

وتأييداً لذلك ورد فى المذكرات الملحقة بالمقترحات البريطانية، ضمن مذكرة مصرية، ما يأتى : « انتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتكم أن الحكومة المصرية تنوى الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام ولكن عملا بالتعهد الذى تنطوى عليه الفقرة (٦) من الاقتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية ،

لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات، بعنصر أوربى ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية فى المستقبل فى إعادة تنظيم قوة البوليس فيسرنى أن أعلم هل نستطيع أن نعتمد على مساعدة حكومة جلالته البريطانية فى هذه المهمة»، وتجيب مذكرة بريطانية بما يأتى : «أن حكومة جلالته البريطانية بالمملكة المتحدة قد علمت مع الارتياح أنه عملا بالتعهد الذى تنطوى عليه الفقرة ٦ من الاقتراحات ستحتفظ الحكومة المصرية بعد الغاء الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام، لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة المبنية على الاقتراحات، بعنصر أوروبى ببوليس المدن، يبقى طوال تلك المدة تحت قيادة ضباط بريطانيين، فإذا رغبت الحكومة المصرية فى المستقبل فى إعادة تنظيم قوة البوليس فيها فإن حكومة جلالته البريطانية تكون سعيدة أن تعيرها افراداً خبيرين أو بعثة من البوليس، كما فعلت مع بلاد أخرى رغبت فى إعادة تنظيم قوات بوليسها».

يتبين مما تقدم أن المعروض على مصر هو أن تلغى الادارة الأوربية للأمن العام. على أن يستبدل بها قوة من البوليس أوربية تحت قيادة ضباط بريطانيين، لمدة خمس سنوات على الأقل من بدء تنفيذ المعاهدة، وإذا ارادت مصر اصلاح البوليس فلها أن تعتمد على انجلترا فى ذلك. ومن هذا نرى أن مصر تكون مقيدة فى بوليسها بوجود قوة أجنبية بقيادة ضباط بريطانيين مدة معينة.

وقد سبق أن أشرنا الى أن الامتيازات الأجنبية نفسها لاتسوغ وجود قوة أجنبية فى البوليس المصرى. ونضيف هنا أن الموظفين الأوروبيين الحاليين فى البوليس وإدارة الأمن العام هم، كما لاحظ بحق المرحوم ثروت باشا، كغيرهم من الموظفين الأجانب، ينطبق عليهم القانون رقم ٢٨ سنة ١٩٢٣، يعطون تعويضات ويخرجون من خدمة الحكومة (أنظر الوثيقة رقم ٢٠ من الكتاب الأخضر للمرحوم ثروت باشا). وعلى ذلك يكون للحكومة المصرية أن تتخلص من الموظفين الأجانب فى البوليس، ومن الادارة الأوربية بإدارة الأمن العام، دون أن تدفع ثمناً لذلك أكثر من

التعويضات المستحقة لهؤلاء الموظفين ، ولا حاجة لأن تتقيد الحكومة فى نظير ذلك باستبقاء قوة من البوليس أجنبية خمس سنين .

وإذا كان لابد من قبول هذا النص ، فلا أقل من أن يكون هذا مقترناً بالتحفظات الآتية :

(١) تحدد المدن التى يكون فيها بوليس أوربى ، ويحسن الاقتصار على القاهرة والاسكندرية والمنصورة وبور سعيد .

(٢) لاترتبط هذه المسألة بالفقرة السادسة من المقترحات حتى لاتكون هناك علاقة بين مسئولية مصر عن مصالح الأجانب ومسألة استبقاء بوليس أوربى .

(٣) لامعنى للنص على أن انجلترا مستعدة لتنظيم البوليس المصرى ، كما فعلت مع بلاد أخرى ، ذلك لأن مصر إذا أرادت شيئاً من ذلك فى المستقبل فلا يوجد ما يمنعها من هذا ، ولا حاجة للنص عليه مقدماً ، والا اشتم منه لائحة الالزام لا الاختيار ، ولا تظن أن البلاد الأخرى التى تشير إليها المذكرة البريطانية قد تعاقدت مع انجلترا على أن تستقدم بعثة انجليزية لاصلاح بوليسها قبل قدوم هذه البعثة بسنين .

٢ ـ ابعاد الأجانب :

هل لجهة الادارة فى مصر الآن الحق فى ابعاد الأجانب غير المرغوب فيهم عن البلاد المصرية ، دون الرجوع فى ذلك الى أية جهة قضائية ؟ تحكم محكمة الاستئناف المختلطة بأن لها هذا الحق ، دون أن يكون فى ذلك اخلال بالامتيازات الأجنبية ، لأن الابعاد ليس عقوبة جنائية ، وما دام لايتمضن خرقا لحرمة المسكن ، فالحكومة تملكه . باعتباره من قوانين البوليس والأمن العام ، التى يخضع لها كل المقيمين بأرض مصر من مصريين وأجانب (انظر على سبيل المثال الحكم الصادر فى ٥ يناير سنة ١٨٨٢ مجموعة رسمية ٧ ص ٦١ ـ والحكم الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٢ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤ ص ٢٧٦) .

ومع أن حق ابعاد الأجانب حق ثابت لجهة الادارة ، لاتؤثر فيه الامتيازات الأجنبية كما تقول محكمة الاستئناف المختلطة ، نرى أن المواد ٢٨ ـ ٣٥ من المشروع نمرة ٢ تقضى بجعله من اختصاص المحاكم

المختلطة الجديدة . فتنص المادة ٢٨ على أنه إذا ثبت وجود أسباب معقولة لأن يخشى من أجنبى أن يكون على وشك الاخلال بالأمن العام . أو أن تكون اعماله أو سلوكه من شأنها التحريض على الاخلال بالأمن العام ، يجوز للمحكمة ، بناء على طلب النائب العمومى ، إذا رأت ذلك ، أن تحضر الأجنبى امامها ، وتأمره بتقديم كفالة كافية تضمن عدم اخلاله بالأمن العام او حسن سلوكه مستقبلا حسب الأحوال . وتنص المادة ٢٩ على أنه متى حكم على اجنبى لجريمة ، يجوز للمحكمة التى حكمت عليه أن تلزمه ، بناء على طلب النائب العمومى ، إذا رأت ذلك ، فضلا عن كل عقوبة أخرى ، بتقديم كفالة تراها المحكمة كافية لضمان حسن سلوكه مستقبلا . وتنص المادة ٣٠ على أنه فى كل هاتين الحالتين ، إذا لم يقم الشخص المطلوب منه الكفالة بتقديمها ، أو إذا استمر بعد تقديمها ، وأثناء المدة المقدمة عنها الكفالة ، على الاخلال بالأمن العام ، أو على سوء السلوك ، فيجوز للمحكمة و أتمر بابعاده من القطر المصرى . وتنص المادة ٣١ على أن هذه الاجراءات تعتبر اجراءات جنائية ، والأمر بتقديم كفالة يعتبر حكما بتوقيع عقوبة .

فهل يراد من هذه النصوص أن يسلب من جهة الادارة حقها فى ابعاد الأجانب ، ذلك الحق الذى لم تمسه الامتيازات الأجنبية ؟ أن فى هذا توسيعاً للامتيازات لا تضييقاً لها . ونحن نرى وجوب النص على أن حق المحاكم المختلطة فى الحكم بابعاد الأجانب لايمس مالجهة الادارة من الحق فى هذا دون الرجوع الى القضاء . ويقول الأستاذ عبد العزيز فهمى باشا فى هذا الموضوع (انظر ملحق المحاماة ص ٦٨) : «وإن كان لابد للأجانب من ضمانه فى هذا الصدد فلا بأس من اعطائهم الشيء المعقول ، كأن يكون الطرد بقرار من لجنة مكونة من رئيس محكمة الاستئناف الأهلية وأحد القضاة الأجانب تعينه الجمعية العمومية بالاستئناف سنوياً ثم من وزير الداخلية رئيساً ، بهذه الكيفية يضمن العدل والدقة التامة فى القرار الذى يصدر» .

٣ - تسليم المجرمين الفارين (extradition) :

تقف سيادة الدولة عند حدود أراضيها ، فإذا ارتكبت جريمة فى أرض دولة وفر المجرم الى دولة أخرى ، فليس الدولة الأولى أن تتعقب المجرم خارج حدودها ، ولابد لها من استئذان الدولة التى فرّ اليها المجرم فى

تسليمه اليها ، فإذا فعلت سمى هذا بتسليم المجرم الفار (extradition) ، وهى تفعل فى الغالب ذلك بمقتضى معاهدة بينها وبين الدولة الأخرى أو بمقضتى قانون داخلى ، والذى يلاحظ عادة فى هذه المعاهدة أو فى هذا القانون أن المجرم الفار لا يسلم فى جريمة سياسية أو فى جريمة تافهة أو لدولة لاتعترف من جانبها بتسليم المجرمين الذين يفرون الى بلادها . وفى كل هذا يكون للدولة التى تسلم المجرم السلطة التامة فى تحديد شروط هذا التسليم وفى إجراءاته ، أما بمقتضى معاهدة كما قدمنا أو بمقتضى قانون .

فإذا طبقنا هذا المبدأ على مصر ، بإعتبار انها دولة كاملة السيادة ، نتج أن لها الحرية التامة فى عقد معاهدات مع الدول خاصة بتسليم المجرمين الفارين الى بلادها ، وأن لها أيضاً أن تنظم هذا الأمر بتشريع داخلى يجوز لها تعديله أوتغييره فى أى وقت تشاء . ولم تمس الامتيازات الأجنبية حق مصر فى ذلك .

ولكن المشروع نمرة ٢ من مشروعات سنة ١٩٢٠ يضع قيوداً على سيادة مصر فى هذا الأمر ، إذ ينظم طريقة مفصلة لتسليم المجرمين الفارين الى مصر ، ويجعل للمحاكم المختلطة وللنائب العمومى أمام هذه المحاكم وللمندوب السامى الشأن الأول فى ذلك (أنظر المواد ٣٦ - ٥٤) . فإذا قبلت مصر هذا المشروع تقيدت به ولا تستطيع التغيير فيه ، وأصبح جزءاً من الامتيازات الأجنبية ، مع أن هذه الامتيازات ليس فيها هذا التقييد من سيادة مصر كما قدمنا ، فكأننا نوسع فى الامتيازات الأجنبية بدلا من التضييق منها . على أن خطورة الأمر تظهر بوضوح أكبر إذا لوحظ أن الادارة المصرية تصبح لا سلطة لها ، بموجب هذا المشروع ، فى تسليم المجرمين الفارين الى حكوماتهم ، ولابد من تدخل المحاكم المختلطة فى ذلك ، مع أن الحائل دون تسليم المجرم لدولته هو وجوب احترام الدولة التى لجأ اليها ، فلا يصح أن تكون المحاكم المختلطة هى القيّمة علينا فى ذلك ، ويجب أن تترك لحكومة هذه البلاد الحرية التامة فى تقدير الوسائل التى تتخذها من أجل احترام سيادة الدولة ، إما بعقد معاهدات حرة مع الدول التى تختارها ولا تكون هذه المعاهدات جزءاً من الامتيازات الأجنبية ، وإما بعمل تشريع تملك تعديله وتغييره دون أن ترجع فى ذلك لغير الهيئة التشريعية المصرية .

من اجل هذا نرى حذف النصوص الخاصة بتسليم المجرمين من مشروعات سنة ١٩٢٠ ، حتى يكون للحكومة المصرية حقها الطبيعى فى تنظيم هذه المسألة بمعاهدات أو بتشريع كما ترى .

٤ - المستشاران المالى والقضائى :

ترتبط مسألة المستشارين المالى والقضائى بمسألة تعديل الامتيازات الأجنبية من حيث أن وجود هذين الموظفين البريطانيين قصد به أن يكون ضماناً لحسن سير الاصلاحات المزمع ادخاله بمناسبة تعديل هذه الامتيازات . وقد جاء فى المذكرة الخاصة بهذه المسألة ، هى مذكرة صادرة من الجانب المصرى ، ما يأتى : « تعلمون سعادتكم أن الحكومة المصرية قد أخذت على عاتقها القيام ببرنامج واسع النطاق للاصلاحات الداخلية ، واننى أدرك أن هذا العمل سيكون أبعد غوراً وأكثر صعوبة بسبب التعديلات المهمة التى ستدخل على نظام الامتيازات ، كما ترمى اليه الاقتراحات ، وأرى ضماناً لانجاز هذا البرنامج الاصلاحى على وجه يدعو الى الارتياح أن الحاجة ستدعو الى الحصول على أفضل مشورة ممكنة ، فأنتهز هذه الفرصة لأبلغ سعادتكم أن فى نية الحكومة المصرية أن تحتفظ بخدمة بريطانيين فى منصبى مستشار مالى للحكومة المصرية ومستشار قضائى لوزارة الحقانية ، وذلك مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات المشار اليها ، أما اللذان سيشغلان هذين المنصبين فى المستقبل فستختارهما الحكومة المصرية بالاتفاق مع حكومة جلالته الامبراطورية بالمملكة المتحدة ، ويعنان كموظفين مصريين من قبل الحكومة المصرية » .

وقد جرى مشروع شامبرلان - ثروت على هذه الخطة أيضاً من جعل مسألة المستشارين بعيدة عن صلب المعاهدة ، اكتفاء بأن تتضمنها ملحقات تالية (انظر ملحق ٢ (أ و ب) من الكتاب الأخضر للمرحوم ثروت باشا) .

وأهم ما يتوجه اليه النظر بشأن هذين المستشارين أن مهمتهما غير محددة ، والمفهوم من المذكرة التى نحن بصددها أنهما سيوظفان فى الحكومة المصرية للحصول منهما على أفضل مشورة ممكنة بشأن الاصلاحات الداخلية والقضائية التى تزمع الحكومة إجراءها . وأنهما سيمكثان فى خدمة الحكومة مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات المشار اليها .

وإذا كان لابد من استبقاء موظفين بريطانيين بهذا الاسم ، فيجب أن يكون ذلك بتحفظات أربعة ، حتى لايكون هناك مجال لتدخل الانجليز فى شؤون مصر الداخلية :

(١) لامعنى لضرورة الاتفاق مع الحكومة الانجليزية عند اختيار من سيشغل هذين المنصبين فى المستقبل ، ما دام الغرض الحصول على مجرد استشارة فنية ، وشأن المستشارين شأن كل موظف فنى أجنبى تعينه الحكومة المصرية للاستفادة من فنه ، وكل ما يمكن أن تسلم به مصر فى هذا الأمر هو أن تستأنس الحكومة المصرية برأى الحكومة الانجليزية فى اختيار هذين الموظفين ، دون أن يكون هذا الرأى ملزماً للحكومة المصرية .

(٢) يجب تحديد مهمة المستشارين تحديداً دقيقاً ، والنص على انها فنية محضة ، وأن رأيهما استشارى ، للحكومة المصرية أن تأخذ به أو لا تأخذ ، وأن وجودهما لايخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان ، وأن ليس لهما أن يتدخلا بطريق مباشر أو غير مباشر فى شؤون مصر الداخلية ، وأنهما يعتبران مرؤوسين لوزيريهما ، ولا علاقة لهما بالحكومة البريطانية .

(٣) يجب أن يحدد الميعاد الذى فيه تستغنى الحكومة المصرية عن خدمة المستشارين ، أسوة بتحديد ميعاد قوة البوليس الأجنبية التى سبقت الاشارة اليها ، أما الاقتصار على ذكر «مدى المدة اللازمة لاكمال الاصلاحات» ، ففيه غموض ولا يعلم متى يمكن القول بأن هذه الاصلاحات قد تمت . والأمل أن تحدد المدة بخمس سنين مثلا من وقت نفاذ تعديل الامتيازات الأجنبية ، وإذا لم توفق الحكومة المصرية الى الحصول على هذا التعديل فى الوقت المناسب ، فتحدد المدة بعشر سنين مثلا من وقت نفاذ المعاهدة .

(٤) إذا حصل خلاف بين الحكومة المصرية والحكومة الانجليزية بشأن هذين المستشارين ، من حيث تعيينهما ، أو من حيث اختصاصاتها ، أو من حيث امكان الاستغناء عنهما ، أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بهما ، حل هذا الخلاف بطريق التحكيم أمام محكمة العدل الدولية . نقول ذلك لأن الظاهر أن المقترحات البريطانية لاتجعل مجالا للتحكيم الا فى المسائل

المدرجة فى صلب المعاهدة ، أما المسائل التى اكتفى فيها بمذكرات فنيـة خاضعة للتحكيم (أنظر الكتاب الأخضر لرئيس الوزارة الأسبق محمد محمود باشا فى التعليق على المادة العاشرة وعلى المادة الثانيةعشرة) ، ولما كانت مسألة المستشارين قد وضعت فى المذكرات لا فى صلب المعاهدة ، كان من الواجب إذاً أن ينص صراحة على وجوب التحكيم فيها عند حصول الخلاف .

كلمة ختامية

تبين مما تقدم أن مصر ، وحالتها الآن غير حالتها فى سنة ١٨٧٦ وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، يحق لها أن تطالب بتحسين نظام الامتيازات الأجنبية تحسيناً كبيراً ، إذا تعذر الآن الغاؤه جملة واحدة : على أن هذا الالغاء ، والرجوع الى مبدأ سيادة الدولة المصرية فى تشريعها وقضائها وإدارتها ، يجب أن يكون هو المطمح الذى تسمو اليه فى المستقبل ، والذى تمهد له الطريق فى الوقت الحاضر .

قد يحق لمصر من الوجهة القانونية أن تطالب من الآن بإلغاء الامتيازات الأجنبية ،لأنها انما تقوم على معاهدات بعضها عقد فى القرون الوسطى والبعض عقد منذ قرون . وقد عدلت هذه المعاهدات بادخال نظام المحاكم المختلطة منذ أكثر من نصف قرن . ولا شك أن الظروف فى مصر ، من الوجهة الاقتصادية والأدبية والعلمية ، ومن حيث تقدم المدنية والحضارة وانتشار النظم القانونية الحديثة وتوطدها ، قد تغيرت منذ ذلك الحين تغيراً من شأنه أن يجعل هذه المعاهدات العتيقة البلية غير صالحة للتطبيق فى الوقت الحاضر . وتوجد قاعدة محترمة فى تقاليد القانون الدولى تقضى بأن كل معاهدة تصبح غير صالحة للتطبيق بتغير الظروف التى عقدت فيها يجوز تعديلها أو الغاؤها بعد مفاوضة تجرى بين الدولتين المتعاقدتين ، وهذا المبدأ القانونى معروف فى كل كتب القانون الدولى واسمة باللاتينية (Rebus sic stsntubus) . وهو المبدأ الذى تمسكت به تركيا للوصول الى الغاء الامتيازات الأجنبية فى بلادها ، حتى حصلت على اقرار الدول بهذا الالغاء فى معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ ، وكان الواجب أن تلغى الامتيازات فى مصر تبعاً لالغائها فى تركيا . وهو المبدأ الذى تتمسك بة الصين كذلك ، وقد أعلنت الغاء الامتيازات الأجنبية إبتداء من أول يناير سنة ١٩٣٠ . وها هى الفرس قد الغت الامتيازات الأجنبية فى بلادها فى أوائل سنة ١٩٢٨ . ومصر متى اندمجت فى عصبة الأمم قوى حقها فى المطالبة بتطبيق هذا المبدأ المنصوص علية صراحة فى المادة التاسعة

عشرة من ميثاق العصبة ، وهى تقضى بأن للجمعية العمومية لعصبة الأمم أن تنصح من وقت لآخر أعضاء العصبة أن يعيدوا النظر فى المعاهدات التى أصبحت غير صالحة للتطبيق وفى الاحوال الدولية التى يترتب على استمرارها خطر على سلام العالم .

وقد يكون الأفضل لمصر من الوجهة العملية الا تجتزىء بترقيع نظام الامتيازات ، والا تكتفى بأن تطلب تهذيب هذا النظام ، حتى لاتمكنه بذلك من البقاء طويلا ، كما لُاحظ هذا أحد من يعتد برأيهم ، فلو بقى نظام الامتيازات الأجنبية فى مصر بعيوبه القديمة قبل سنة ١٨٧٦ ، ولم يدخل نوبار باشا نظام المحاكم المختلطة بقصد تخفيف وطأته ، لكان من المحتمل أن مصر والاجانب انفسهم لم يكونوا ليقووا على احتمال هذا النظام الفاسد ، وكانت مصر تلغيه جملة واحدة كما فعلت تركيا والفرس والصين ، وكان هذا افضل عاقبة وابلغ أثرا . لكن العمل من وقت إلى آخر على مداراة بعض عيوب النظام من شأنه ان يطيل بقاء هذا النظام الفاسد من أساسه .

قد يكون خيرا لمصر إذاً من الوجهتين القانونية والعملية أن تطالب بالغاء الامتيازات الاجنبية ، ولكننا لم نرد أن ننادى بهذا الآن ، لا انكاراً لهذا الحق على مصر ، ولا خوفاً من أن نتهم بالمغالاة ، ولكن تقريباً لشقة الخلاف بين وجهة النظر المصرية ووجهة نظر الدول ذوات الامتيازات ، وسعيا وراء حل عملى ميسور التطبيق قريب المنال . ونحن فيما اقترحناه من التعديلات لم نكد نجاوز ما كان يطلبه نوبار باشا فى سنة ١٨٧٦ ، أى منذ اكثر من نصف قرن ، فلا يجوز إذاً التهاون والتفريط من الجانب حتى ينزل الى ما دون هذا الحد .

وهناك من الاقتراحات التى دوناها ما يجب الاتفاق عليه منذ الآن مع انجلترا فى المعاهدةالمزمع عقدها ، وذلك كاعتراف بحرية مصر الكاملة فى التشريع للأجانب بشأن العقارات الموجودة بمصر وبشأن لوائح البوليس ، وكالنص على وجوب التحكيم فى كل خلاف ينشأ عن مسائل الامتيازات ، وعلى احترام التقاليد المتبعة حتى اليوم من تعيين قضاة المحاكم المختلطة من جنسيات مختلفة بالنسبة الموجودة الآن بين هذه

المسائل المهمة التى تعرضنا لها فى المقترحات البريطانية وفى مشروعات سنة ١٩٢٠ .

وهناك مسائل أخرى أقل أهمية يمكن إرجاؤها الى الوقت الذى تفاوض فيه مصر الدول ذوات الامتيازات ، فتثار فى تلك المفاوضات على اعتبار أنها من التفاصيل القابلة للتعديل .

ويحق لمصر ، وهذا موقفها من الاعتدال ، أن تنتظر من الدول الأجنبية استعداداً حسنا للمفاوضة على الأسس المتقدمة . ولاشك أن عددا كبيرا من هذه الدول لا يحاول أن يوجد صعوبات فى طريق الوصول الى حل يوفق بين مطالب مصر العادلة والمصالح الأجنبية المشروعة . فإذا بقى بعد ذلك بعض الدول تأبى على مصر هذا القسط المتواضع من الأصلاح فالأولى أن تتبع نحوه خطة حزم لانجد بدا من اتباعها ، وذلك بأن تلغى الحكومة المصرية نظام المحاكم المختلطة بالنسبة لرعايا هذه الدول ، ومن حقها أن تفعل ذلك بشرط أن تعلن عن هذا الالغاء قبل حصوله بسنة ، فترجع هذه الرعايا الى نظام المحاكم القنصلية القديم ، وفى هذا النظام تكون خسارتهم أبلغ من خسارتنا ، إذ أن أكثر من نصف قضاياهم تصبح من اختصاص المحاكم الأهلية باعتبار أن المدعى عليهم فيها مصريون ، أما بقية القضايا فتصبح من اختصاص المحاكم القنصلية المختلفة وفى هذا من المشقة عليهم ما لايقل عن المشقة التى يتحملها المصريون . ولا نعتقد أن هذه الدول تصر على موقف مثل هذا ، بل هى ترجع عنه منذ تتبين عزمنا الصادق على المضى فى طريق الأصلاح ، كما فعلت فرنسا عند إنشاء المحاكم المختلطة ، فقد ترددت كثيرا قبل الموافقة على نظام هذه المحاكم . ولم يخرجها من هذا التردد الا أن رأت الخديوى اسماعيل لايعبأ بمعارضتها ، ويفتتح المحاكم الجديدة دون أن يكون فيها ممثلون فرنسيون . ومهما نقل الينا من الأخبار عن موقف الحكومة الفرنسية اليوم نحو تعديل الامتيازات الأجنبية ، وأنها تعارض فى هذا التعديل كما عارضت فى مثله سنة ١٨٧٦ ، فإننا نعتقد أن هذه الأخبار مبالغ فيها ، وأن فرنسا لن تقف حجر عثرة فى طريق الاصلاح القضائى فى مصر ، وهى تعلم أن الثقافة الفرنسية كانت النور الذى انبعث الى مصر فأضاء جوانبها ، فشب هذا الجيل من المصريين على حب فرنسا والتعلق

بها ، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن هذه الدولة الصديقة لن تدخر وسعاً فى إرضاء المصريين والاتفاق معهم على إجابة مطالبهم العادلة . وتفاؤانا من ناحية الدولة الفرنسية يعدل حسن ظننا بالدول الأخرى ذوات الامتيازات ، واعتقادنا أن جميع هذه الدول ستقف منا موقف الصديق ، ولا تعارض فى أمر تعلم أن تحقيقه أصبح محتما وأن عليه تتوقف كرامة مصر ، وبه يرتبط كثير من مصالح الدولة . وسترى الدول ذوات الامتيازات أننا عند حسن ظنها بنا ، ولا نألو جهداً فى صيانة المصالح الأجنبية المشروعة فى بلادنا ، فقد كان موقفنا حيال الأجانب منذ بدء النهضة المصرية موقف الأصدقاء الكرماء المخلصين .

مجلة القضاء

في عهدها الجديد

هذه مجلة القضاء ، في عهدها الجديد ، نتقدم إلى قرائها بين التفاؤل والأمل . نتفاءل بتلك النهضة المباركة التي اظلت العراق ، وجعلته ركناًمن أركان العروبة ، ونأمل ان تسير في الطريق الذي شقته قدماً إلى الأمام ، لا ترجع إلى الخلف ولا تتعثر .

وإذا كان العراق في الماضي مهدًا لقانون حمورابي ، ومنارًا لفقه ابي حنيفة ، فهو اليوم يتقدم ، ومن وراءه تلك الذكريات المجيدة ، وامامه ذلك الهدف الأعلى ، يطمح في ان يكون له مكانه في النهضة القانونية التي بدت تباشيرها في الشرق العربي .

ومجلة القضاء مظهر من مظاهر اليقظة في العراق ، وصفحة من صفحات ثقافتها القانونية . ظهرت منذ عامين ، وبقيت تصدر عامًا وبعض عام . ثم انقطعت عن الظهور فترة قصيرة . وها هي تعود اليوم ، بعد ان ابى وزير العدلية ، وهو الساهر على النهضة القانونية في العراق ، والقائم على حركة الاصلاح التشريعي ، ان يحجبها عن قرائها طويلا .

وهي في عهدها الثاني تتقدم لتقوم بنصيبها في النهضة القانونية ، وتحتمل قسطها من مسئولية النهوض بالثقافة القانونية في العراق . ولا يدخر القائمون بأمرها وسعا حتى يجعلوا منها منبرًا لأقلام رجال القانون ، لا في العراق فحسب ، بل في سائر الأقطار العربية والعراق ، بعد استقلاله ، يستقبل عهداً جديداً في التشريع والتقنين فلا غنى له عن الاستنارة بآراء الباحثين فيما يهمه من الشئون القانونية والاقتصادية . ولا غنى للثقافة القانونية في العراق عن حركة فكرية منظمة ، تهب ريحها عنيفة قوية ، ثم يُنزل غيثها منهمرًا متدفقا .

ويرى القارىء هذا العدد وقد رتبت ابوابه ترتيبا جديدًا . فالباب الأول نشرت فيه طائفة من الأبحاث بأقلام مختلفة . فيها قلم الاستاذ المحقق ، وقد توفر على البحث والدرس حتى نفذ الى الصميم . وفيها قلم المشتغل

بالقانون من ناحيته العملية ، فما زال يعالجه بالمران حتى راضه . واراد القائم على راس مجلس التشريع فى البلاد ان يضم قَلمه الى اقلامهم ، وخبرته الناضجة الى خبرتهم ، فحظيت المجلة منه بهذه العناية . واجتمع رجال الفقه والقضاء والتشريع فى هذا الباب يتعاونون جميعًا . ويرى القارىء بين يديه ثمرة هذا التعاون .

وخصص الباب الثانى للتعليق على قضاء المحاكم . وقد عنيت المجلة بهذا الموضوع الخطير عناية خاصة . فان التعليق عَلى الأحكام هو الجسر الذى يصل ما بين الفقه والقضاء ويتيح لهما التعاون متصلين متكاتفين .

وخصص الباب الثالث للتعليق على المؤتمرات العلمية والاتفاقيات التى تعرضها عصبة الامم عَلى العراق للأخذ بأحكامها والمؤلفات القانونية التى تظهر هنا أو فى البلاد الاخرى . وقد اريد بهذا الباب ان يكون نافذة للعراق يطل منها عَلى الخارج ، فيشرف عَلى الحرَكة العلمية من طريق المؤتمرات والمؤلفات ، ويتتبع حركة التشريع العالمى من طريق الاتفاقيات .

وجعل الباب الرابع يتتبع فيه القارىء أهم الحوادث والاخبار فى الدوائر القانونية فى العراق . فهناك حركة التشريع امام مجلس الامة . وهناك لجان يناط تحضير التشريعات والتقانين ، وهناك تعميمات لوزارة العدلية ذات صبغة تنظيمية ، وحركات بين موظفيها القضائيين توليهم صلاحيات جديدة أو تغير من صلاحيتها القديمة . كِل هذه امور يحب المشتغل بالقانون ان يتبعها عن كثب .

وجعل الباب الخامس لَنشر قضاء المحاكم فى العراق ، على مختلف أنواعها ودرجاتها ، وقرارات دائرة التدوين ، وقضاء مجلس الانضباط العام . كما جعل الباب السادس لَنشر أهم القوانين والأنظمة التى صدرت فى الفترة التى سبقت صدور العدد ، وقد الحق بهذا الباب قرارات ديوان التفسير الخاص . وفى هذين البابين يتتبع القارىء حركة القضاء والتشريع فى البلاد خطوة خطوة .

وفى ذلك يرى القارىء ان المجلة تقوم فى ابوابها الأربعة الأولى بمهمة المجلات العلمية . وفى بابيها الاخيرين بمهمة الدوريات التى تعد

لنشر الأحكام والقوانين . وإذا كانت هاتان المهمتان كثيرا ما تنفصلان ، الا أنه رؤى من المناسب فى الوقت الحاضر ان يجتمعا فى هذه المجلة .

لم يبق الا ان نختتم هذه الكلمة بالقيام بواجب الشكر لمن سبقونا فى ادارة هذه المجلة . فقد خطوا بها الخطوة الأولى ـ خطوة التأسيس ـ وهى اشق الخطوات . ومهدوا لنا بذلك ان نسير بالمجلة هذه المرحلة فلهم منا خالص الثناء .

مدير المجلة

عبد الرزاق احمد السنهورى

لجنة تحضير
القانون المدنى العراقى

رأى القراء فى العدد السابق ان لجنة تحضير القانون المدنى العراقى قد عهدت الى الاستاذ عبد الرزاق السنهورى عميد كلية الحقوق ببغداد باعداد لائحة للقانون المدنى العراقى تكون اساس لبحث اللجنة بعد ان اقرت الاسس التى تبنى عليها هذه اللائحة . وقد سبق لنا نشر هذه الاسس .

وننشر فيما يلى كتابا مرفوعا من الاستاذ السنهورى الى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى . وننشر مع الكتاب الوثيقتين المقترنتين به ، وهما يشتملان على لائحة للبيوع فى القانون المدنى المقترح .

والوثيقتان هما الآن تحت نظر اللجنة تبحث فيهما . وسننشر فى الاعداد المقبلة خلاصة مداولات اللجنة ، وما يستجد بعد ذلك من أعمال لاعداد القانون المدنى العراقى .

وغرضنا من هذا النشر ان نشرك رجال القانون فى العراق مع أعضاء اللجنة فى بحث هذا المشروع الذى لا تخفى اهميته على المشتغلين بالقانون . فيدلى من يريد منهم بما يعن له من الملاحظات والآراء على صفحات هذه المجلة .

وهذا هو خير استفتاء تقوم به هذه المجلة لخدمة القانون . وهى تنشر كل الملاحظات والآراء التى ترد اليها حول هذا الموضوع . وتضعها تحت نظر اللجنة المعهود اليها بتحضير القانون .

كتاب مرفوع
الى
فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

حضرة صاحب الفخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى

اقدم لفخامتكم جزءا من العمل الذى انجزته ، لاعداد لائحة للقانون المدنى العراقى ، طبقا للاسس التى اقرتها اللجنة الموكول اليها تحضير هذه اللائحة . بعد ان عهدت الى اللجنة القيام بهذا العمل .

وقد تدبرت رسم خطة اسير عليها . فوجدت من المناسب ان ارجىء موقتا مسائل الأحوال الشخصية وقانون الأراضى والحقوق العينية بوجه عام ، على ان أعود إلى ذلك بعد ان افرغ من وضع لائحة لقانون الالتزامات والعقود ، وهو القانون الذى يستغرق الجزء الأكبر من نصوص مجلة الأحكام العدلية .

ورأيت ان قانون الالتزامات والعقود ينقسم بطبيعته إلى قسمين ، قسم يخصص لوضع نظرية عامة للالتزام ، تقرر فيه مصادره واحكامه ، وآخر يعرض للعقود المعينة عقدا عقدا ، فيورد أحكامها الخاصة ، ويطبق فى مسائلها القواعد العامة .

ولما كانت مجلة الاحكام العدلية لم تورد أحكاما للنظرية العامة للالتزام . بل عمدت ، بعد الفراغ من تقرير القواعد الكلية ، إلى العقود المعينة ، وبدأت منها بالبيوع ، وهى فى ذلك قد اقتفت اثر فقهاء الشريعة الاسلامية ، فهؤلاء لا يصوغون هذه النظرية العامة ، بل يقتصرون على

ايراد بعض قواعدها متخللة أحكام العقود المعينة ، لذلك بدأت بوضع لائحة لقانون البيوع ، مجاريا في ذلك مجلة الاحكام العدلية . ولم أكد افرغ من وضع هذه اللائحة ، حتى رأيت الطريق ممهدا لتناول النظرية العامة للالتزام ، فان أكثر البيوع ليست الا تطبيقا لهذه النظرية العامة . وساقدم للجنة ، بعد ان تنتهي من بحث كتاب البيوع ، كتابا لا مقابل له في المجلة ، هو الكتاب الذي يقرر أحكام النظرية العامة للالتزام . ثم استمر في العمل ، راجعا الى العقود المعينة ، فاعد لائحة لقانون عقد الايجار ، ثم لوائح اخرى ، لسائر العقود . وبذلك انتهي من المرحلة الأولى من العمل . وانظر بعد ذلك ، في مرحلة ثانية ، في اعداد قانون للأراضي والحقوق العينية والتأمينات ، وفي مرحلة ثالثة ، في قانون للاحوال الشخصية . وبذلك تتكامل أجزاء القانون المدني العراقي .

والجزء الذي اقدمه الآن لفخامتكم ، لتبحثه اللجنة ، هو كتاب البيوع . وقد قسمت هذا الكتاب الى فصول خمسة . اوردت في الفصل الأول منها المسائل العامة ، كتعريف البيع وتكوينه وشكله واركانه . ثم جعلت التزامات البائع في الفصل الثاني ، والتزامات المشتري في الفصل الثالث . وخصصت الفصل الرابع لأنواع من البيوع كثيرة الوقود في الحياة العملية . وانتهيت بالمقايضة في الفصل الخامس .

وقد سرت في عملي على دورين . وضعت في الدور الأول نموذجا لأحكام البيوع ، اخترته من بين تقنينات كثيرة ، قديمة وحديثة . مثل القديمة القانون الفرنسي والقانون المصري . ومثل الحديثة القانون الالماني والقانون السويسري (ومعه القانون التركي) والقانون السوفيتي والمشروع الفرنسي الايطالي والقانون المراكشي والقانون اللبناني والقانون البولوني والمشروع الدولي . وذكرت امام كل نص اخترته من اين اتيت به ، ولماذا اخترته ، وقارنت بينه وبين النصوص المقابلة له في القوانين الأخرى . وهذه هي الوثيقة الأولى التي اقدمها للجنة . اما الوثيقة الثانية ، وهي التي اعددتها في الدور الثاني ، فتشمل النصوص النهائية التي اقترح الاخذ بها ، وقد استخلصتها من مقابلة أحكام النموذج باحكام مجلة الأحكام العدلية ونصوص كتاب مرشد الحيران وأحكام الشريعة الاسلامية بوجه عام في كل مذاهبها وفي أقوال كل مذهب . فخرجت بذلك

نصوص النموذج على أحكام الشريعة الاسلامية بقدر الامكان، واستخلصت من هذا التخريج نصوصا نهائية، هى التى اضعها بين يدى اللجنة لبحثها.

فإذا راى فخامة الرئيس ان يحيل الوثيقتين على لجنة فرعية، تقدم تقريرا عنهما الى اللجنة العامة، فانى مستعد لتقديم الايضاحات والبيانات التى تطلبها منى اللجنتان.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

عبد الرزاق احمد السنهورى

بغداد فى ١٥ حزيران ١٩٣٦

عميد كلية الحقوق ببغداد

من مجلة الأحكام العدلية
إلى القانون المدنى العراقى
وحركة التقنين المدنى فى العصور الحديثة

بقلم

الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهورى

عميد كلية الحقوق - ببغداد(*)

تمهيد

ان الانتقال من « مجلة الأحكام العدلية » الى « القانون المدنى العراقى » أمر ذو خطر فى تاريخ القانون فى العراق . فليس الأمر مقصوراً على انه يراد وضع قانون مدنى ، وان كان القانون المدنى ، فى كل امة وفى كل جيل ، هو أكبر القوانين خطرا ، وأكثرها تعقدا ، وأشدها التصاقا بحياة الأفراد . بل أن العراق يواجه ، الى جانب ذلك ، مشكلة أخرى تزيد الأمر صعوبة . فان « مجلة الأحكام العدلية » . وهى القانون المدنى الذى يطبق حتى الآن فى العراق ، مصدرها كما هو معروف الفقه الاسلامى . وقد أخذت « المجلة » ، من الفقه الاسلامى ، بالفقه الحنفى ، وبأرجح الأقوال من هذا المذهب . فالبلاد العراقية عاشت إذن قرونا طوالا تطبق الفقه الحنفى فى معاملاتها المدنية . بل يوجد ما هو أجل من ذلك وأروع ، فان العراق هو مهد الفقه الحنفى ، فيه نشأ هذا الفقه وبين ربوعه ترعرع وازدهر . وقد قام رجل من أبناء العراق ، فى بلد من بلاد العراق ، يشيد وحده أكبر بناء قانونى شاده فقيه بجهوده الشخصية فيما عرف البشر . وعاش أبو حنيفة النعمان فى الكوفة ما قدر الله له أن يعيش وهو يضع كل يوم لبنة فى هذا البناء الضخم المشمخر ، فما طوى حياته فى الدنيا حتى أتم هذا

(*) نشر فى مجلة القضاء العراقية السنة الثانية ، العددان الأول والثانى مايو سنة ١٩٣٦ .

البناء ، وتركه للعالم الاسلامى صرحا منيعا تتحصن فيه الأجيال ، وتراثا غاليا يفاخر به الأبناء والأحفاد .

أيجوز بعد كل ذلك أن ينبذ العراق تقاليده ، ويتنكر لابنه البر ، ويهدم ذلك الصرح الذى قام على جهوده الجبارة . ثم كيف يستساغ أن تخلع أمة قانونها كما يخلع الرجل ثيابه ! وأين تعاليم المدرسة التاريخية ، وهى تقول أن القانون هو نبت البيئة ، وغرس الأجيال المتعاقبة ، يتطور من مرحلة الى مرحلة ، ويتخطى أعناق القرون ، تسلمه الآباء للأبناء ، والأبناء للأحفاد ، وهو فى كل مرحلة يصطبغ ، وينضح بلونها ، ويترقرق فى صفحته ما الجيل !

لو كان المراد من الانتقال الذى يشير اليه عنوان هذا المقال « من مجلة الأحكام العدلية الى القانون المدنى العراقى » هو نبذ الفقه الحنفى والفقه الاسلامى عامة ، لصح أن يقال كل ذلك . ولكن الواقع من الأمر أن عبارة « القانون المدنى العراقى » ليس فيها من جديد الا الفاظها . فالقانون المدنى العراقى موجود ، وان كانت تنقصه الصياغة التى تتمشى مع مقتضيات هذا العصر ، وينقصه التنسيق والترتيب ، وقسط من التحوير والتعديل يقتضيه تطور المدنية . فاذا بدا « القانون المدنى العراقى » بعد هذا الصقل فى ثوب جديد ، فهى جدة تخفى تحتها تقاليد العراق الفقهية وتراثها العظيم سالمة مصونة من كل عبث وتشوية .

على ان الصقل وحده يقتضى كثيرا من الجهود . ولو كان يراد ان يوضع نموذج لنظام مدنى يكون من ارقى النظم ، لكان هذا ايسر خطبا . فان النماذج الراقية للنظم المدنية قد تعددت فى هذه الايام ، وارتقت الصياغة التشريعية المدنية ارتقاء كبيرا ، بعد ان وضع التقنين الالمانى ، والتقنين السويسرى ، والمشروع الفرنسى الايطالى ، والتقنين البولونى ، وغير هذه من التقنينات الحديثة ، مما يعد فخر التشريع المدنى فى العصر الحديث . ولعل القانون المدنى ، فى تقنيناتة الحديثة ، قد وصل الى درجة من الرقى التشريعى لم تدانه فيها القوانين الاخرى . هذا الى مشروعات خاصة ، تضعها الفقهاء او تصوغها الهيئات الدولية نماذج للتشريع المدنى .

ولكن الامر ادق من ذلك واشد عناء . فان النموذج الصالح للتشريع المدنى اذا وجد ، فانة لا يقصد لذاتة ، بل ليكون قالبا تصب فيه التقاليد القانونية للعراق ، والفقه الاسلامى الذى يطبق فى هذه البلاد . فقد قدمنا ان من السفه ان نبدد ثروة تركتها لنا الاجداد ، ونعيش عالة على غيرنا نتكفف .

وقد قدمنا ان هذا الاعتبار الراجع الى الاعتزاز بالكرامة القومية يقترن به اعتبار آخر ، لا يستطيع رجل القانون ان يغفله . فكل من يعرض للتشريع ومسائلة يجب أن يعرف أن القانون ليس هو كلمة المشرع يقول له كن فيكون . وقد مضى ذلك الزمن الذى كانت تسود فيه هذه النظريات السطحية . والقانون كائن حى ، ينشأ ويترعرع وينمو ، حتى يبلغ اشدة ، وليس هو خلق الساعة ولا وحى الارادة . واذا كانت المدرسة التاريخية قد بالغت فى هذا المعنى ، فان هذا لا يمنع من ان المذهب فى جوهره صحيح . فاذا اريد وضع قانون مدنى للعراق ، وجب ان يراعى فيه ان يكون متصل الحلقات بالماضى ، بالقدر الذى ينبغى ان يتطلع فيه للمستقبل .

ونحن بعد هذا التمهيد نقسم بحثنا الى قسمين ، نورد فى القسم الاول كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر الى اليوم ، ونخصص القسم الثانى لبحث التقنين المدنى فى العراق .

كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر إلى اليوم

ليس التقنين (Codification) حركة حديثة العهد فى تاريخ القانون . فقد عرف التقنين منذ العصور الموغلة فى القدم . وقد كان قانون حمورابى والألواح الإثنى عشر ضرباً ساذجاً من ضروب التقنين فى عهد طفولة القانون . ويعرف تاريخ القانون الرومانى فى مراح تطوره الأخيرة محاولات مختلفة ترمى الى تقنينه ، حتى انتهت هذه المحاولات الى تقنينات جوستنيان الضخمة ، التى يقف أمامها المستطلع حتى اليوم ، وملء نفسه الاعجاب بعبقرية الرومان فى القانون .

وقد قنن قانون الكنسية فى العصور الوسطى . وقننت بعض القوانين المشتقة من العادات الجرمانية عند بعض الأمم الأوربية فى تلك العصور ،

مما لاحاجة بنا الى الخوض فيه فان حديثه يطول . ونسرع الى التحدث عن المرحلة الأخيرة من مراحل التقنين فى العصور الحديثة .

تبدأ هذه المرحلة بذلك الصرح الباقى على وجه الزمن ، تقنينات نابليون ، التى بقيت بعد أن زالت انتصارات هذا الفاتح العظيم ومحتها معركة واترلو . وقد كان نابليون نفسه أول من أحس هذه الحقيقة وقالها . وقد احدثت تقنينات نابليون رجة عنيفة فى اوربا وتطلعت اليها الامم ، وفتحت عهدا جديدا فى تاريخ التشريع والتقنين . وسار نابليون ، المدفع فى يساره وتقنيناته فى يمينه ، وايان يذهب به المدفع ، دعمت تقنيناته ما تم له من فتح وانتصار .

على أن فقهياً إلمانياً ، خلصت له زعامة الفقه فى النصف الأول من القرن التاسع عشر ، هو سافينى (Savigny) صاحب مذهب التطور التاريخى المعروف ، وقف فى وجه تقنينات نابليون ، ومنع البلاد الالمانية من ان تنسج على منوالها ، لا لانه كان خصما لهذه التقنينات بالذات ، بل لان مذهبه خصم لكل تقنين . فهو يقول بان القانون ثمرة التطور ، وهو فى حركة مستمرة وتحول دائم ، فكيف يمكن حصر الشىء المتطور المتحول فى تقنين ثابت جامد ؟ وتصدى سافينى للفقيه تيبو (Thibaut) ، وقد أراد هذا أن يقنن القوانين الجرمانية ليوحدها ويمهد بذلك للوحدة الألمانية ، وفند سافينى ما أدلى به تيبو من حجج لمصلحة التقنين ، فى ضوء ما استقر عليه مذهب التطور التاريخى المعروف . فوقفت حركة التقنينات فى المانيا ، وان كانت النمسا قد قننت قانونها المدنى فى أوائل القرن التاسع عشر .

ولم يمنع وقوف سافينى فى وجه التقنين من أن تنتشر تقنينات نابليون فى جميع أنحاء العالم . ولم يمنع ذلك أيضا من أن يعمد الألمان انفسهم فى أواخر القرن التاسع عشر الى تقنين قانونهم المدنى ، وكذلك فعلت الأمة السويسرية ، ونقحت النمسا تقنينها منذ عهد غير بعيد . ونشطت حركة التقنين فى القرن العشرين ، فكثر فى الشرق والغرب عدد الأمم الذين احتذوا مثال التقنينات الحديثة اللاتينية والجرمانية ، ووضعت مشروعات ونماذج للتقنين .

ونحن نستعرض (أولا) التقنينات اللاتينية (ثانيا) التقنينات الجرمانية (ثالثا) التقنينات الأخرى الحديثة التى ظهرت فى القرن العشرين.

أولا- التقنينات اللاتينية

نجد على رأس هذه التقنينات التقنينات الفرنسية المعروفة بتقنينات نابليون، وهى أبعد التقنينات اللاتينية عهدا، وأعظمها شهرة، وأكثرها انتشارا. وقد كانت تسود أوربا وأمريكا اللاتينية طوال القرن التاسع عشر، وامتدت الى البلاد العربية كمصر وتونس ومراكش ولبنان. ثم لما قدم العهد بها، ونافستها التقنينات الجرمانية، لاسيما التقنينات السويسرية ز فكر فريق من فقهاء ايطاليا وفقهاء فرنسا، أثناء الحرب الكبرى، فى توحيد القانون المدنى ما بين البلدين، فوضعوا المشروع الفرنسى الايطالى فى الالتزامات والعقود.

ومن ذلك نرى أن التقنينات اللاتينية ابتدأت بتقنينات نابليون فى أول القرن التاسع عشر، ولقحت هذه التقنينات بدم جديد عند وضع المشروع الفرنسى الايطالى فى القرن العشرين.

ونذكر كلمة موجزة عن تقنين نابليون المدنى وانتشاره فى جميع انحاء العالم. ثم نعقب بكلمة أخرى عن المشروع الفرنسى الايطالى.

أ- تقنين نابليون

حالة القانون فى فرنسا قبل وضع تقنين نابليون:

انقسمت فرنسا، من حيث القانون الذى كان يطبق، منذ القرن الثالث عشر، الى قسمين، القسم الشمالى وكان يطبق العادات التى نشأت من قديم فى هذه البلاد بين القبائل التى سكنتها، والقسم الجنوبى وكان يطبق القانون الرومانى التى تسرب الى هذه البلاد منذ الفتح الرومانى لفرنسا وبقى متأصلا فيها. وقد جمعت بعض العادات الفرنسية فى مجموعات رسمية فى القرن السادس عشر، كعادات أورليان فى سنة ١٥٠٩ وسنة ١٥٨٣، وعادات باريس فى سنة ١٥١٠ وسنة ١٥٨٠، ثم جمع كل هذا فى مجموعة وحدة (Le Coutumier Général de Bourdot de Riehebourg).

وأخذت ملوك فرنسا تصدر تشريعات متنوعة ، أهمها التشريعات التى استصدرها كولبر (Colbert) فى القرن السابع عشر وتتضمن قانوناً تجارياً وقانوناً بحرياً وقانوناً للماء وقانوناً للغابات وقانونا للمرافعات المدنية وقانونا للمرافعات الجنائية ، والتشريعات التى استصدرها داجسو (D'Aguesseau) فى القرن الثامن عشر ، وتتناول الهبات والوصايا وتعقيب الاستخلاف (Substitution) .

وكان للمحاكم الفرنسية المعروفة بالبرلمانات (Parlements) فى تلك العهود حق اصدار مبادىء عامة ، لا يقتصر فى تطبيقها على قضية معينة بالذات ، بل تطبق على كل الأقضية ، وكانت تسمى بالأحكام التنظيمية (Arrêts de réglement) وهى بمثابة تشريعات حقيقية .

وتلقت فرنسا ، كسائر الدول ألمسيحية ، قانون الكنيسة فى العصور الوسطى ، وهو يتألف من قرارات المجامع الدينية (décisions des conciles) ومراسيم الباباوات (décrétales des papes) ، وقد جمعت فى تقنين واحد هو التقنين الكنسى المعروف (Corpus juris canonici) .

هذه هى مصادر القانون الفرنسى القديم : العادات القديمة ، والقانون الرومانى ، والتشريعات الملكية ، والأحكام التنظيمية ، وقانون الكنيسة . وهى كما ترى متنوعة متشعبة ، وهى بنوع خاص تستمد أحكامها من أصول مختلفة متباينة . فكان تشتت القوانين وتبلبها هى الظاهرة البارزة فى تلك العصور . وبقى المثل الأعلى أن يجمع كل ذلك ويقنن فى مجموعة واحدة .

ولما نشبت الثورة الفرنسية ، اتجه رجال الثورة الى تحقيق هذه الأمنية ، حتى يدعموا وحدة القومية الفرنسية . وحاولت المجالس التشريعية المتعاقبة فى عهد الثورة أن تقوم بهذا العمل الجليل ، وقدم فعلا أحد رجالها (Cambacérès) مشروعا (لائحة) للقانون المدنى كان مخلا فى ايجازه . ثم قدم مشروعا ثانيا ، ولكن المجلس التشريعى فى ذلك العهد سقط قبل أن يكمل التصويت على مواده . ثم قدم مشروعا ثالثا الى المجلس التشريعى التالى فكان حظه حظ سابقيه ولم يقدر له النجاح . وقامت القنصلية ، وقدم فى مبدأ عهدها مشروع جديد هو مشروع (Jacqueminot) ولكنه لم ينجح .

كيف وضع تقنين نابليون:

وشاء حظ نابليون أن يتم على يديه هذا العمل العظيم، وأن يبقى اسمه مقترنا به خالدا بخلوده. ففى ١٣ أغسطس سنة ١٨٠٠ الف القنصل الأول (نابيلون) لجنة من أربعة أعضاء يضعون مشروعا (لائحة) للتقنين المدنى: ترونشيه (Tronchet) رئيس محكمة النقض (التمييز) الفرنسية رئيسا للجنة، وبيجو بريامينيه (Bigot Préameneu) مندوب الحكومة أمام محكمة النقض، ومالفيل (Malleville) القاضى بمحكمة النقض، وبورتاليس (Portalis) مندوب الحكومة أمام محكمة الغنائم، أعضاء. وكان الاولان يمثلان الثقافة القانونية فى شمال فرنسا أى القانون المبنى على العادات، والأخيران يمثلان الثقافة القانونية فى جنوبيها أى القانون الرومانى. وكان أعظم هؤلاء الأربعة اثنين، الأول ترونشيه، والأخير بورتاليس. وهما متناقضان كل التناقض، فأولها متقدم فى السن لايحسن الكلام، ولكنه يعرف دقائق القانون وتفصيلاته بعد مران سابق، وقد نشأ فى مدرسة العادات. والثانى أصغر فى السن، طلق اللسان، محب للخطابة، وقد نشأ فى المدرسة اللاتينية والقانون الرومانى. ولم يكن من اليسير أن يعمل الاثنان معا، لما بينهما من تنافر فى الطباع، وتباين فى الثقافة، لولا أنهما كانا يتمثلان شبح نابليون وراءهما، يسوقهما الى العمل سوقا، بما رزق من ارادة صلبة، وعزم لا يتزعزع. وضرب أجل للجنة، لتنتهى من عملها فى ستة أشهر، فاتمته فى أربعة، وهذه معجزة من معجزات التقنين: أن يتم هذا العمل الضخم فى هذه المدة القصيرة.

وعرض المشروع الأول للتقنين المدنى (أو مشروع السنة الثامنة من الثورة كما يدعى عادة) على محكمة النقض ومحاكم الاستئناف، فقدمت هذه المحاكم ملاحظاتها عليه. وبقى أن يمر المشروع بأدوار التشريع طبقا للدستور الفرنسى فى ذلك الوقت. وكان هذا الدستور يقضى بأن تتوزع السلطة التشريعية بين مجالس ثلاثة: يحضر المشروع مجلس الدولة (Conseil d'Etat)، ثم يقدم بعد ذلك الى مجلسين، الأول (Tribunat)، يناقشه دون تصويت على مواده ويتقدم برأى فيه قبولا أو رفضا دون تعديل، والثانى (Corps Législatif) يصوت دون أن يناقش، بعد أن يسمع أقوال مندوبى الحكومة ومندوبى المجلس الأول، كل جهة تدافع عن رأيها، فيقبل المشروع كما هو أو يرفضه، ولا يستطيع تعديله، فإذا قبله أصدرته

الحكومة وصار قانونا . هذه هى المراحل التى كان لابد أن يجتازها المشروع الأول للتقنين المدنى . ولما خرج المشروع من مجلس الدولة وعرض على المجلس الأول (Tribunat) ضاق به هذا المجلس ورأى فيه كثيرا من علامات الرجعية ، وهم أن يرفضه . فأحس نابليون الخطر ، فسحب المشروع من المجلس . واتخذ قرارين ، يقضى أولهما بانقاص اعضاء المجلس الى النصف ، فاستبعد بذلك فيمن أخرجه من الأعضاء من كان خصما للمشروع . ويقضى الثانى باستحداث طريقة للاتصال غير الرسمى ما بين مجلس الدولة الذى يحضر مشروعات القوانين والمجلس التشريعى الأول (Trinunat) الذى يناقشها ، فقد كان المجلسان من قبل غير متصلين احدهما بالآخر . وكان لاسبيل للمجلس التشريعى الى تعديل مشروع وضعه مجلس الدولة ، وليس له الا أن يقبله أو يرفضه . أما الآن فقد أصبح مجلس الدولة متصلا اتصالا غير رسمى بالمجلس التشريعى اثناء تحضير مشروعات القوانين ، فأصبح من السهل أن يتفق المجلسان على نص واحد ، بطريق الاتصال غير الرسمى ، قبل أن يخرج هذا النص من دور التحضير . فإذا ما اجتاز هذا الدور ،وقدم الى المجلس التشريعى ، يكون يسيرا على هذا المجلس أن يقره ، بعد أن توافق عليه من قبل مع مجلس الدولة . وهذه طريقة غير مباشرة للوصول الى تعديل مشروعات القوانين ، حيث كان الدستور يحرم هذا التعديل بطريق مباشر . وبفضل هذين القرارين استطاع نابليون أن يجعل المشروع يمر بمراحله المتعاقبة . وقد صوت عليه المجلس التشريعى الأخير (Corps Legislaif) بابا بابا ، كل باب فى قانون مستقل ، فلبغ عدد القوانين ستة وثلاثين . ثم صدر قانون فى ٢١ مارس سنة ١٨٠٤ بجمع هذه القوانين كلها فى تقنين واحد ، وهو هذا التقنين الموجود بين ايدينا ، وقد حمل اسم نابليون تخليدا لاسم ذلك الرجل العظيم الذى وضع طابعه عليه ، والذى يرجع لعزيمته الفضل الأكبر فى أن يخرج هذا التقنين الى عالم الوجود(*) .

(*) ولنابليون بعض الأثر فى التقنين المدنى من الناحية الموضوعية (انظر فى ذلك رسالة للأستاذ سافاتييه Savatier عنوانها «بونابرت والتقنين المدنى» باريس سنة ١٩٢٧) .

وقد جمعت كل المناقشات التى دارت فى المجالس التشريعية الثلاثة فى مجموعات تسمى بالأعمال التحضيرية لتقنين نابليون . وخير هذه المجموعات مجموعتان ، مجموعة فينية (Fenet) وهى خمسة عشر جزءا ، ومجموعة لوكريه (Locré) وهى واحد وثلاثون جزءاً للتقنينات المدنية والتجارية والجنائية خصص منها ستة عشر جزءا للتقنين المدنى . والمجموعة الأولى اكمل ، فقد تضمنت ، الى جانب المناقشات فى هذه المجالس الثلاثة ، ملاحظات محكمة النقض ومحاكم الاستئناف .

وقد صدر من التقنين المدنى الفرنسى ثلاث طبعات رسمية ، الأولى عند اصداره فى سنة ١٨٠٤ وسمى فيها بالتقنين المدنى (Code Civil) وكان ذلك فى عهد الجمهورية الأولى والقنصل الأول ، والثانية فى سنة ١٨٠٧ وسمى فيها بتقنين نابليون (Code Napléon) وكان ذلك فى عهد الامبراطورية الأولى والامبراطور ، والثالثة فى سنة ١٨١٦ وعاد فيها الى التسمية الأولى (التقنين المدنى) ، وكان ذلك فى عهد الملكية والملك . ثم صدر مرسوم فى سنة ١٨٥٢ فى عهد الامبراطورية الثانية أعيدت تسميته فيه بتقنين نابليون .

وادخلت تعديلات كثيرة على التقنين المدنى الفرنسى منذ صدوره حتى الآن ، وصدرت قوانين أخرى مدنية لم تدمج فيه . واهم هذه التعديلات تتعلق بالعمل والعمال ، وبتيسير الزواج ، وبتحسين حال المرأة المتزوجة ، وباعلان التصرفات ، وبتنمية وسائل الائتمان ، وبجعل المسؤولية المدنية أدق تحديدا وأبعد أثرا .

وعندما احتفل بالعيد المئينى للتقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٩٠٤ ، تناقش الفقهاء الفرنسيون فى ضرورة تنقيح هذا التقنين . فانقسموا الى فريقين . فريق يقول بوجوب التنقيح ، وعلى رأسهم الأستاذ لارنود (Larnaude) وكان إذ ذاك عميد كلية الحقوق بباريس ، وحجتهم هى أن التقنين الذى وضع فى سنة ١٨٠٤ لم يعد هو القانون الذى تطبقه المحاكم فى الوقت الحاضر ، ففيه اجزاء قد ضمرت وماتت ، وقد تطورت الحياة الاجتماعية والاقتصادية تطورا جعل الشقة بعيدة بين الماضى والحاضر ، واصبح ما كان يصلح قانونا لجيل زراعى غير صالح لبيئة

تجارية وصناعية . ويجيب الفريق الثانى ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول (Planiol) ، بألا حاجة لتنقيح التقنين المدنى ، لأن هذا التنقيح يتم كل يوم ، ويقوم به التشريع والقضاء والفقه والتنقيح الشامل يجعلنا أمام قانون جديد ، يقتضى الرجوع الى تمهيد سبله وتوطىء اكنافه وتفسير نصوصه ، فينعدم الاستقرار والثبات ، وهما من أهم مميزات القانون الصالح للبقاء .

تقدير تقنين نابليون :

ونقف قليلا نقدر التقنين المدنى الفرنسى ، فهو أقدم تقنين حديث ، وله تاريخ جليل وأثر قوى فى بلاد الشرق العربى .

اكبر مزية لهذا التقنين هى أنه ميز بين دائرة التشريع ودائرة الفقه ، فلم يجاوز الدائرة الأولى إلى الثانية ، وجانب ان يتخذ موقفا معينا من النظريات الفقهية والمذاهب الفلسفية(*) ، وترك التعريفات العلمية فى أكثر الاحوال [١]، وكان فى موقفه هذا موقفا حكيما ، فان النظريات والمذاهب والتعريفات مجالها الفقه ، يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل ، وتتغاير آراؤهم فيها ، ويتطور الفقه من جيل إلى جيل . فإذا تقيد المشرع بمذهب فقهى ، فقد قضى على الحركة بالجمود ، وجعلها غير قابلة للتطور .

ومزية أخرى للتقنين الفرنسى قريبة من الاولى ، هى ان المشرع الفرنسى ، فى المسائل العملية التى عرض لها ، اتى باحكام لهذه المسائل فى عبارات تنطوى على قدر كبير من المرونة ، بحيث تسمح للاحكام القانونية ان تتطور من طريق التطبيق والتفسير ، فتتمشى مع مقتضيات الحياة العملية وتطوراتها المتعاقبة[٢].

(*) وقد احسن واضعوا التقنين صنعا بحذفهم من المشروع الأول ثلاثا وثلاثين مادة تخوض فى مذاهب فلسفية منها مذهب القانون الطبيعى .

(١) ويظهر ان تقسيم التقنين إلى كتب ثلاثة لم يجىء الا اعتباطا وبعد تمام العمل . وهذا ما يقرره مالفيل وكان سكرتير اللجنة التى وضعت التقنين (انظر مالفيل فى تحليله للمناقشات التى دارت حول التقنين امام مجلس الدولة باريس سنة ١٨٢٢ جزء ١ ص ٢و٣) .

(٢) واليك ما قاله بورتاليس فى هذا المعنى امام المجلس التشريعى . الثانى (Corps Legislatif) « راينا من الحكمة ان نميز بين العلم والتشريع . فالتشريع ارادة ، اما التعريفات والتعاليم والنظريات فتدخل فى دائرة العلم . وكل ما هو امر وحكم بالمعنى الصحيح يدخل فى دائرة التشريع » (فينية جزء ٦ ص ٤٢) .

اما ترتيب التقنين الفرنسي فهو عرضه للنقد الشديد . فقد تضمن كتبا ثلاثة . خصص الكتاب الأول للاشخاص ، والكتاب الثاني للاشياء ، والكتاب الثالث للطرق المختلفة التي تكسب بها الملكية . ولا يوجد تناسب بين هذه الكتب الثلاثة ، فالأخير أطوالها ويشتمل وحده على ١٥٧١ مادة من ٢٢٨١ ، فهو يتضمن نحو ثلاثة ارباع التقنين . ولو ان هذا الكتاب ، على طوله ، انتظم مسائله شيء من التناسق ، لهان الخطب ، ولكنه جاء عديم الانسجام ، وجمع بين مسائل متنافرة كالميراث والبيع وعقد الزواج والرهن(١) .

ونقص آخر هو أن التقنين الفرنسي لايتضمن كثيرا من المبادىء العامة التي استقرت في القانون بعد صدوره ، كمبدأ الاثراء دون حق . ونظرية التعسف في استعمال الحق ، وغير ذلك من المبادىء المستحدثة . ولكن هذا النقص لايحسب على المشرع الفرنسي ، فان المبادىء التي اغفلها لم تكن معروفة يوم صدر .

والنقص الخطير في التقنين الفرنسي هو أنه على وضوحه تعوزه الدقة في التعبير ، فكثيرا ما يستعمل اللفظ الواحد في معان متعددة ، وقد يكون اللفظ مصطلحا قانونيا هاما يحتاج الى التحديد . وقد عدد الأستاذ كابيتان في هذا الباب أمثلة كثيرة ، منها المصطلحات الآتية : الغير (Tiers) السند (Titre) ، الخطأ (faute) ، البطلان (mullité) ، الخ الخ .

انتشار تقنين نابليون في انحاء العالم :

وقد قدر للتقنين المدني الفرنسي ان ينتشر انتشارا كبيرا طوال القرن التاسع عشر في اوروبا وفي امريكا وفي الشرق . اما في اوروبا فهو لا

---

(١) ويرى الأستاذ جوسران من مزايا التقنين الفرنسي الاعتدال والتوسط ، فهو لم يجار تطرف رجال الثورة ، ولم يجمد على تقاليد العصور الوسطى . ومن مزاياه أيضا الوضوح . اما عيوبه فمنها أنه يحابي كثيرا طبقة البورجازية ، وهو مشبع بروح الفردية ، ولا يميل للاعتراف بحقوق الجماعات (انظر جوسران في القانون المدني جزء أول فقرة ٣٨ و ٣٩ . انظر أيضا موران في مجلة الجمعية الفرنسية الفلسفية سنة ١٩٢٤ ص ١١٥) .

يزال معمولا به حتى الآن فى بلجيكا ، وصيغت تقنينات على غراره فى اسبانيا والبرتغال وايطاليا ورومانيا وغيرها من البلاد الاوروبية ، ثم فى جنوبى كندا ، وفى امريكا الجنوبية (بوليفيا واوروراجوى والارجنتين) ثم فى الشرق فى مصر وتونس ومراكش واليابان وتونكان ولبنان .

ونقول كلمة موجزة عن التقنين فى الشرق العربى ، الذى تأثر بالتقنين الفرنسى ، اى فى مصر وتونس ومراكش ولبنان .

التقنين المدنى فى مصر : كان السبب فى تقنين مصر لقوانينها الحالية وجود الامتيازات الأجنبية . وقد اراد نوبار ، رئيس النظار فى عهد اسماعيل ، ان يخفف من وطأة هذه الامتيازات بانشاء المحاكم المختلطة . ووضعت التقنينات المتخلطة (المدنى والمرافعات والتجارى والبحرى والجنائى وتحقيق الجنايات) فى سنة ١٨٧٥ لتطبقها هذه المحاكم . ووضعها محام اسمه مانورى (Manoury) ، وكان مقيما فى الاسكندرية فى ذلك العهد ، واتخذه نوبار سكرتيرا له ، ثم عينه بعد ذلك سكرتيرا للجنة الدولة التى كانت تدرس مشروع انشاء المحاكم المختلطة بمصر . وقد نقل واضع التقنينات المختلطة نصوصه من التقنينات الفرنسية ، لانها كانت اكثر القوانين شيوعا فى ذلك العهد .

ولما استقر الأمر بالمحاكم المختلطة وبقوانينها ، تطلعت الحكومة المصرية فى ذلك العهد الى انقاذ البلاد من الفوضى التى كانت سائدة فى القضاء المصرى ، وكان يلى امره مجالس غير منظمة إلى جانب المحاكم الشرعية . وكانت القوانين التى تطبق فى هذه المجالس هى القوانين المعمول بها فى الدولة العثمانية مع اعتبار العادات المحلية فى البلاد ، كما كان يطبق القانون التجارى العثمانى المأخوذ من القانون الفرنسى . فتألفت فى اواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع تقنينات لمحاكم نظامية تقوم بالقضاء بين المصريين ، كما تقوم المحاكم المختلطة بالقضاء بين المصريين والأجانب ، ومن بين أعضائها محام ايطالى اسمه موريوندو (moriondo) ، عين قاضيا فى المحكمة المختلطة سنة ١٨٧٥ ، هو الذى وضع التقنين المدنى للمحاكم المصرية الجديدة . وكان المرحوم قدرى باشا ناظراً للحقانية (العدلية فى ذلك العهد) ، وقد اشترك مع اللجنة فى عملها وتقيدت اللجنة بتقنينات المحاكم المختلطة إلى حد أنها كادت تنقلها

بحروفها (•)، الا انها أدخلت . بعض تعديلات جزئية اقتضتها الظروف وقتئذ ، وصدرت التقنينات الا سنة ١٨٨٣ .

والذى يهمنا من هذه التقنينات الستة هو التقنين المدنى . وقد كتبنا عنه فى مقال لنا نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ما يأتى : « لا شك فى ان هذا التقنين معيب من حيث الموضوع ومن حيث الشكل . ولكن قبل ان نسترسل فى بيان هذه العيوب ، نحب ان نقدم كلمة انصاف للمشرع المصرى فى سنتى ١٩٧٥ و ١٨٨٣ . فمهما كان شأن العيوب التى نشير اليها وهى جسيمة كما سنرى . فلا شك فى ان الجيل المصرى الذى تلقى التقنين فى اواخر القرن الماضى كان مغتبطا سعيدا بقانونه الجديد . فقد كان فيه تقدم بين على الحالة التى سبقته ، حيث كان القضاء فوضى ، والقوانين غير محددة ولا معروفة ، والعدل يوزع فى البلاد توزيعا سيئا . فاعقب النظام الفوضى ، وتنفست البلاد الصعداء ، اذ احست انها تستقبل عهدا جديدا الاصلاح . ولم يكن لاحد ان يوءمل انتقال البلاد طفرة واحدة إلى درجة الكمال فى التشريع والقضاء . ويكفى ان تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة عهد جديد لرقى حقيقى كسبته البلاد فى تشريعاتها ونظمها القضائية فقوانين « الاصلاح » المختلطة والاهلية ، رغم كونها معيبة ، كانت تحسناً محسوساً بالنسبة لاسواء الماضى . على أنه بعد ان اطمأنت البلاد إلى تشريعها ونظمها الجديدة ، والفت الاجيال التالية ان ترى محاكم منظمة ، وقوى مستمدة من ارقى شرائع العالم ، واستقرت الحال بالقضاء الجديد ، واستتب الأمر له ، بدأ المشتغلون بالقانون يشعرون بما فى القوانين الجديدة من نقص فاضح وعيوب جسيمة ، لم يكن يتسنى للجيل السابق فى أول عهده بهذا النظام ان يحسها . فالآن ، وفى ظل تجارب خمسين عاما مرت على النظام الحالى ، واظهرت عيوبه من نواح مختلفة ، يحق لنا ان نكون اقسى فى الحكم على هذا النظام ، وان نتطلع إلى مثل

(•) يفهم من نص حديث دار بين فخرى باشا وشريف باشا عند إنعقاد مجلس النظار المنعقد فى أواخر سنة ١٨٨٢ ، للنظر فى مشروعات التقنينات الجديدة ، ان نقل التقنينات المختلطة كان امراً مقصوداً ، وكان يراد به أن تكون القوانين واحدة فى المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، حتى يتيسر الاستغناء عن الأولى والاكتفاء بالثانية .

ادنى للكمال ، والا نقنع بما قنع به آباؤنا ، فالزمن حركة ، والوقوف عند الماضى جمود ... يمكن القول ان تقنيننا المدنى فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث تجب الافاضة . ثم هو يسترسل فى التافه من الأمر ، فيعنى به عناية لاتتفق مع أهميته المحدودة . يقلد القانون الفرنسى تقليدا اعمى فينقل كثيرا من عيوبه ، دون ان يتنبه إلى ما ادخل القضاء على هذا القانون من الاصلاح . وهو متناقض فى نواح مختلفة ، ويضم إلى هذا التناقض اخطاء معيبة كان من الهين ان يتجنبها المشرع المصرى ، لو اصطنع الاناة وحرص على الاتقان » .

وقبل ان نترك التقنين المدنى المصرى نصف ما اشتمل عليه وصفا موجزا . والتقنين المصرى لم يحو الا نصف المسائل المدنية ، وهى المسائل الخاصة بالمعاملات . اما مسائل الاحوال الشخصية فلم تقنن احكامها حتى الآن فى مصر ، وان كان يوجد تقنين غير رسمى من عمل المرحوم قدرى باشا ، تضمن احكام الشريعة الاسلامية الواجبة التطبيق فى دائرة الاحوال الشخصية . وينقسم التقنين المدنى المصرى الى كتب أربعة ، كتاب فى الأموال والملكية والحقوق العينية الأخرى . وآخر فى النظرية العامة فى الالتزامات والعقود ، وثالث فى العقود المعينة ، ورابع فى التأمينات . وهذا التبويب ، وان كان يفضل تبويب التقنين الفرنسى ، لا يزال معيبا فى اساسه وفى تفصيلاته ، وقد بينا ذلك فى مقالنا الذى سبقت الاشارة إليه . وقد أخذ المشرع المصرى الغالبية العظمى من أحكامه المدنية عن التقنين المدنى الفرنسى . وأخذ القلة النادرة من هذه الاحكام عن القضاء الفرنسى وعن الشريعة الاسلامية . ومما اخذه عن الشريعة الاسلامية نظام الشفعة ، وبعض أحكام حقوق الارتفاق (كالعلو والسفل والحائط المشترك) ، ومدة التقادم ، وبعض أحكام البيع (خيار الرؤية والبيع فى مرض الموت وقبل التسليم والغبن وبيع المحصولات المستقبلة فى القانون المختلط وبعض أحكام الايجار كسلبية التزامات المؤجر) .

التقنينان التونسى والمراكشى : لما أعلن الفرنسيون الحماية على تونس ، الفوا لجنة فى سنة ١٩٠١ من بعض الموظفين ، وضم إليهما محام ايطالى وهو فقيه معروف بصير بأحكام الشريعة الاسلامية ، اسمه (Santillana) ، وكلفت اللجنة بوضع مشروع لقانون الالتزامات والعقود

فوضعت اللجنة المشروع ، وبذلت بعض الجهد فى التوفيق بين القانون الفرنسى وأحكام القوانين الغربية الحديثة وأحكام الشريعة الإسلامية عند وضعها لهذا المشروع . ولكن أحكام القانون الفرنسى كانت الأساس الذى بنى عليه العمل . وقد عرض المشروع الذى أعدته هذه اللجنة على لجنة أخرى مؤلفة من خمسة علماء من جامع الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة الشرعية الكبرى بتونس ، ضم اليها عضوان من اللجنة الأولى (سانتيلا وبرج) ، فنظرت فى المشروع ، وبعد أن أقرته ، صدر بمرسوم من الباى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ .

ولما أعلنت فرنسا الحماية على مراكش ، استفادت من السابقة التى تمت فى تونس ، وكلفت لجنة فرعية الفت من بين أعضاء لجنة التنظيم القضائى(١) ، وقوامها ثلاثة أعضاء برج (وهو الذى اشترك فى وضع قانون تونس) وتيسيبه ولا برادیل . فوضعت هذه اللجنة الفريعة مشروعا لقانون الالتزامات والعقود من التقنين التونسى المتقدم الذكر . ولكن التقنين المراكشى جاء أكثر اختصارا من التقنين التونسى ، إذ حذفت بعض نصوص متعلقة بالاجراءات لاتطبق فى مراكش ولا شأن لها بالقانون

(١) ولجنة التنظيم القضائى هذه كان قد الفها الجنرال ليوتى ، بعد أن رفع كتابا فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ الى وزير خارجية فرنسا ، قدم معه مشروعا للتنظيم القضائى فى مراكش ذكر فيه أنه يجب أن يكون مقدمة لالغاء الامتيزات الأجنبية فى مراكش (راجع مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها فى مراكشالجزء الأول ص ٩٢٩) . وقد انقسمت اللجنة الرئيسية الى لجان فرعية وضعت مشروعات مختلفة : مشروعا للنظام القضائى ، وفيه ينظم المحاكم فى مراكش من حيث تشكيلها ودوائرها واختصاصاتها ، ومشروعا للاجراءات الجنائية وهو قصير إذ تقرر أن يطبق القانون الجنائى وقانون الاجراءات الجنائية الفرنسية ثم يجرى تعديلها فى المستقبل بقوانين تفصيلية كلما دعت الحاجة الى التعديل ، ومشروعا المرافعات المدنية ، وهو طويل يشتمل على ٥٥٧ مادة ، وقد إتخذ قانون المرافعات الفرنسى اساساً له ، ومشروعاً لتنظيم حالة الفرنسيين والأجانب فى مراكش ، ومشروعاً فى الالتزامات والعقود ويشتمل على ١٢٥٠ مادة ، وفق فيه بين أحكام القوانين الحديثة وأحكام الشريعة الاسلامية وهو القانون الذى نحن بصدده ، ومشروعاً فى القانون التجارى وقد اتخذ القانون التجارى الفرنسى أساساً له . (انظر وصف الأستاذ لويس رينو لهذه الأعمال التشريعية والروح التى سادت هذه الأعمال فى مجموعة التقنينات والقوانين المعمول بها فى مراكش فاتحة ص ٣٩) .

المدنى ، وحذفت كذلك بعض نصوص تتعلق بقانون التجارة ، وأخرى تتعلق بقانون الأراضى لا محل لتطبيقها فى مراكش إذ هى تقرر نظاما خاصا بتونس ، وحذفت أخيرا نصوص استمدت أحكامها من عادات محلية فى تونس (كما فى ايجار الأراضى الزراعية) . وعدلت بعض نصوص التقنين التونسى ، أما لتجعل متمشية مع التشريع المراكشى ، أو لأنها كانت فى حاجة الى التعديل (مثل ذلك المادتان ٧٩ و ٨٠ وتقرران مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة عنهم ، والمواد من ٣٢٥ الى ٣٣٤ وتقرر كيفية الوفاء بطريق الشيكات ، والمواد ٨٧١ وما بعدها وتحارب الربا الفاحش الذى فشا فى شمالى افريقية) . وصدر التقنين المراكشى فى الالتزامات والعقود فى ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣ . وينقسم الى كتابين ، الكتاب الأول فى النظرية العامة فى الالتزامات (مصادر الالتزامات ، والالتزامات الموصوفة ونقل الالتزامات وآثارها وبطلانها ونسخها وانقضاؤها) . والكتاب الثانى فى العقود المعينة (البيع والمقايضة والايجار والوديعة والحراسة والعارية والوكالة والشيوع والجمعيات والعقود الاحتمالية والصلح والكفالة والرهن وحقوق الامتياز) . ومن مزايا التقنين المراكشى ان نصوصه تعقب بالاشارة الى مراجع فى الشريعة الاسلامية وردت فيها أحكام تقابل الأحكام التى تتضمنها هذه النصوص . ولا يخفى ما لهذه المراجع من الاهمية عند محاولة التوفيق بين احكام الشريعة الاسلامية وأحكام القوانين الغربية الحديثة .

التقنين اللبنانى :لما دخلت لبنان الانتداب الفرنسى ، رأى ولاة الأمور العمل بمجلة الاحكام العدلية والاستعاضة عنها بتقنين فى الالتزامات والعقود . فكلف المسيور روبرس (وهو الآن قاض فى محكمة السين) بوضع المشروع . ولما تم وضعه ارسل الى الاستاذ جوسران ، عميد كلية الحقوق بليون ليعيد فيه النظر . ثم حول إلى اللجنة الاشتراعية الاستشارية بلبنان ، فنقحته هذه اللجنة ، ووضعته فى صيغته النهائية . ويقول نائب رئيس اللجنة فى تقريره إلى وزير العدلية فى الجمهورية اللبنانية : « وقد كان هذا العمل لازما لا مندوحة عنه ، لان نصوصا قانونية جديدة ، من شأنها احداث تعديلات بالغة قد صدرت فى لبنان بعد ان وضع المسيور روبرس المشروع الاصلى ... وبعض تلك النصوص صدر عن ممثل الدولة المنتدبة كالقرار ٣٣٣٩ المؤرخ فى ١٢ ت ١٩٣٠٢

والمختص بنظام الملكية العقارية والحقوق العينية للأموال غير المنقولة . والبعض الآخر وضعه الشارع اللبنانى كقانون ١٧ شباط ١٩٢٨ ، وكالمرسوم الاشتراعى رقم ٦ المؤرخ فى ٣ شباط سنة ١٩٣٠ . وان اللجنة الاشتراعية .... عمدت الى التوفيق بين القواعد الجديدة التى يشتمل عليها المشروع من جهة ، والشرائع العامة والعادات المحلية فى هذه البلاد من جهة اخرى . ولم تدخل قط من التغييرات ما يفسد الطابع الاصلى لهذا الاثر الاشتراعى الجليل ، الذى سيكون وسيلة للاتحاد والوئام بين عناصر الامة فى الجمهورية اللبنانية . وان المشروع كما هو الآن لا يزيد مجموع مواده على ١١٠٦ مواد بدلا من ١١٩١ مادة كان يتألف منها قبلا . وقد استلزمت التغييرات التى اجرتها اللجنة تجديد عدد من المواد يبلغ ١٥٩ فضلا عن احداث تعديلات فى نصوص مواد أخرى تتجاوز هذا العدد قليلا » . وقد صدر التقنين اللبنانى فى ٩ مارس سنة ١٩٣٢ ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٢ على ان يكون معمولا به بعد نشره بثلاثين شهرا .

وقد قسم التقنين اللبنانى إلى قسمين : القسم الأول فى الالتزامات (الموجبات) بوجه عام . والقسم الثانى فى العقود المعينة . وتفرع القسم الأول إلى سبعة كتب : فى أنواع الالتزامات (المدنية والطبيعية ، والالتزامات الموصوفة) ، وفى مصادر الالتزامات (الجريمة وشبه الجريمة والاثراء دون حق أوْ الكسب غير المشروع والأعمال القانونية وتشمل العقود) ، وفى أثر الالتزامات ، وفى انتقالها ، وفى انقضائها ، وفى طرق اثباتها ، وفى تفسير الأعمال القانونية . وتضمن القسم الثانى البيع والمقايضة والهبة والايجار وعقد الاستخدام والوديعة والحراسة والقرض والوكالة والشركات وعقود الغرر والصلح والكفالة .

والتقنين اللبنانى يعد من حيث التبويب ومن حيث اشتماله على نظرية عامة فى الالتزامات وفى العقد متقدما على «مجلة الاحكام العدلية» التى حل مكانها . ولكنه تأثر كثيرا بالتقنين المدنى الفرنسى وبالمشروع الفرنسى الايطالى ، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما ، ولم يستفد كثيرا من مزايا التقنين السويسرى والتقنين الالمانى ، كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما اورده من الاحكام واحكام الشريعة الاسلامية ، بل اقتفى

أثر تركيا ومصر فى نبذه للشريعة الاسلامية ، وفى هذا المعنى يقول نائب رئيس اللجنة الاشتراعية فى تقريره المتقدم الذكر : « فخليق اذن بالجمهورية اللبنانية ان تقتدى بالامم الغربية وباقرب جاراتها اعنى تركيا ومصر ، فاذا طرح الشارع اللبنانى من المنشآت القانونية المحلية ما اظهر الاختبار وجوب نبذه ، وسمح من جهة أخرى بالتوسع فى المنشآت القانونية التى يرجى لها نمو متواصل ، واذا تقبل المحدثات التى تقتضيها حاجات المجتمع الحاضر من غير ان يكلم بعمله وجدان احد ، فانه يعمل عملا كبيرا لا مندوحة عنه لتعضيد البلاد فى سبيل الرقى المادى وابلاغها أوج العظمة الادبية » .

على ان التقنين اللبنانى ، رغما من أنه اتخذ اساسا له قوانين لا تتضمن احدث النظريات القانونية وارقاها ، جاء على جانب عظيم من التقدم فى تقريره احكام المسوؤلية التقصيرية ونظرية التعسف فى استعمال الحق والتعويض عن الضرر المعنوى والشرط الفاسخ الضمنى فى العقود الملزمة للجانبين والدعوى البوليصية والتقادم وغير ذلك ، وسد كثيرا من أوجه النقص التى كانت موجودة فيما تقدمه من التشريع المدنى . وقد وضع هذا التقنين فى الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى العربية ترجمة لا تزال فى حاجة كبيرة إلى التنقيح والتهذيب .

التقنين المدنى فى بلاد الشرق العربى : ونرى مما تقدم ان بلاد الشرق العربى تنقسم فى الوقت الحاضر الى قسمين من حيث التقنين المدنى ، قسم منها عدل عن الشريعة الاسلامية (الا فى دائرة الاحوال الشخصية) ووضع تقنينا مدنيا اتخذ التقنين الفرنسى نموذجا له . وقد سبقت مصر البلاد العربية الى ذلك ، ومضى على تقنينها المدنى أكثر من نصف قرن ، وهى الآن فى سبيل تعديله ، وقد الفت لجنة لهذا الغرض . ثم تلا مصر تونس ومراكش ، وقد دفعا الى ذلك بحكم النفوذ الفرنسى الذى انبسط على هذه البلاد (أما الجزائر فقد اعتبرها الفرنسيون جزءا من الأرض الفرنسية ، وطبقوا فيها تقنينهم المدنى نفسه) . وجاءت اخيرا الجمهورية اللبنانية فاصدرت تقنينها المدنى ، وهو آخر تقنين صدر فى بلاد الشرق العربى اذ لم يعمل به الا فى أواخر سنة ١٩٣٤ . والقسم الثانى من بلاد الشرق العربى احتفظ « بمجلة الاحكام العدلية » التى ورثها عن

الدولة العثمانية ، ولا يزال يطبق حتى الآن احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المدنية . ويدخل فى هذا القسم العراق وسوريا وفلسطين وشرقى الاردن .

وقد حان الوقت لرسم سياسة عامة فى التشريع المدنى لجميع بلاد الشرق العربى . ومن حسن التوفيق ان مصر والعراق ، وهما البلدان اللذان يتزعمان الشرق العربى فى نهضته الحاضرة ، عنيتا فى وقت واحد بتنقيح تشريعهما المدنى ، والفت كل منهما لجنة للقيام بهذا العمل ، فعسى ان يتقارب عمل اللجنتين ، حتى تتمخض هذه الحركة عن عمل مشترك ، يكون نموذجا لسائر الاقطار العربية ، كما اتخذ المشروع الفرنسى الايطالى نموذجا للتشريع المدنى فى سائر البلاد اللاتينية . وننتقل الآن للكلام فى هذا المشروع .

ب - المشروع الفرنسى الايطالى

كيف نشأت فكرة المشروع الفرنسى الايطالى وكيف نفذت :

نبتت فكرة هذا المشروع أثناء الحرب الكبرى ، اذ كانت الشقيقتان اللاتينيتان ، فرنسا وايطاليا ، تحاربان جنبا إلى جنب . ولما كان التقنين المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ مأخوذا من التقنين المدنى الفرنسى ، وكانت الفكرة اللاتينية فى القانون تكاد تقوم لها ذاتية منسجمة ، ومن مشخصات هذه الذاتية ، كما قال الاستاذ لارنود (Larnaude) ، وحدة المنطق القانونى ووحدة التعبير ووحدة الميل إلى التقنين ، لذلك رأى الاستاذ شيالويا Scialoja ترحيبا كبيرا فى ايطاليا وفى فرنسا عندما قام يدعو إلى وضع مشروع موحد لقانون الالتزامات والعقود ، تشترك فيه جميع الأمم اللاتينية وبخاصة فرنسا وايطاليا .

وفى أكتوبر سنة ١٩١٦ تكونت لجنة ايطالية غير رسمية بدعوة من الاستاذ شيالويا وتحت رئاسته ، لحث الحكومة الايطالية على مراجعة تقنينها المدنى وفقا لنموذج تتبعه الحكومة الفرنسية فى تعديل تقنينها المدنى أيضا ، بحيث يكون هناك تقنين موحد للبلدين فى الالتزامات والعقود . وفى يناير سنة ١٩١٧ تكونت لجنة فرنسية غير رسمية لنفس الغرض تحت رئاسة الأستاذ لارنود عميد كلية الحقوق بباريس فى ذلك

الوقت . وانقسمت اللجنتان الفرنسية والايطالية الى لجان فرعية اخذت تحضر المشروعات ، وتقدم عملها إلى اللجنتين الرئيسيتين لتناقشه ، وتتصل هاتان اللجنتان اما بطريق المكاتبة أو باجتماع مندوبين عن كل لجنة فى باريس أو فى روما . وفى أثناء انعقاد مؤتمر الصلح فى باريس فى سنة ١٩١٩ ، انعقدت اجتماعات مشتركة للجنتين معا ، وسميت هيئتهما المشتركة بالاتحاد التشريعى ما بين الأمم المتحالفة الصديقة (Union Législative entre les nations allieés et amies) وحضر اجتماعات هذه الهيئة المشتركة مندوبون من أمم لاتينية أخرى ، وتقرر ان ينشأ لجان مماثلة للجنتين الفرنسية والايطالية فى كويبك (كندا) واليونان ورومانيا وبلجيكا ، على ان تبقى اللجنتان الفرنسية والايطالية تواصلان العمل بتفويض من البلاد الأخرى . وتلا ذلك انضمام بولونيا ويوجوسلافيا وبيرو إلى هذا التفويض .

وبقيت اللجنتان الفرنسية والايطالية غير رسميتين تعملان كجمعيتين علميتين . ثم تحولتا إلى لجنتين رسميتين . واستمرتا فى عملهما ، اللجنة الايطالية تضع القسم الخاص بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة ، واللجنة الفرنسية تضع القسم الخاص بآثار الالتزام وطرق اثباته ، وتشترك اللجنتان فى مراجعة ما اتمته كل لجنة . حتى إذا انجز العمل ، تقدمت اللجنتان لحكومتيهما فى سنة ١٩٢٨ بمشروع موحد فى الالتزامات والعقود ، كتب باللغتين الفرنسية والايطالية ، وارفق به تقرير تفسيرى . وقدم الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية تقريرا آخر بأسمه إلى الحكومة الفرنسية .

الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسى الايطالى وترتيبه :

لا شك فى ان الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسى الايطالى متقدمة على صياغة كل من التقنين الفرنسى والايطالى ، ولم تكن تلك الجهود الكبيرة التى بذلها واضعوا المشروع من فرنسيين وايطاليين ، وهم من كبار رجال القانون فى البلدين ، فى مدة تزيد على عشر سنوات ، لتضيع دون ثمرة فن التقنين الحديث .

فالمشروع ، من حيث التبويب والترتيب ، أشد احكاما . وقد خصص الباب الأول منه لوضع احكام النظرية العامة للالتزامات . وقد قسم هذا الباب إلى ستة فصول ، تبحث فى مصادر الالتزامات وآثارها والالتزامات الموصوفة وانقضاء الالتزامات ونقلها وطرق اثباتها . وقد احسن واضعوا المشروع صنعا بان بداوًا بمصادر الالتزامات ، وبداوًا من هذه المصادر بالعقد ، كما فعل التقنين السويسرى . وقد تحاموا أثر التقنين الالمانى ، فلم يميزوا الارادة عن العقد ، ويفردوها باحكام مجردة ، بلغت الغاية من التجريد إلى حد الابهام والتعقيد . على ان المشروع الفرنسى الايطالى اخذ بالارادة المنفردة مصدرا للالتزام ، وأفردها ببحث خاص وضعه تجاه البحث الذى خصصه للعقد ، وصاغ أحكامها صياغة حكيمة عملية ، وجمع هذه الاحكام كلها فى مادة واحدة هى المادة ٦٠ . ويصف التقرير الرسمى المرفق بالمشروع ما قام من المناقشات الكثيرة حول هذا النص (ص ٧١ - ص ٧٥ من التقرير) ، وكيف وقف بعض الأعضاء فى وجه هذا التجديد ، وكيف انتهى الجميع إلى ادخاله فى شىء من الحذر والحيطة . وقد بوب المشروع الفرنسى الايطالى مصادر الالتزام تبويبا تقدم فيه تقدما واضحا على التقنينين الفرنسى والايطالى ، وتأثر فيه كثيرا بالتقنين السويسرى ، فمصادر الالتزام ، فى التقنينين ، تشمل العقد والارادة المنفردة ، وعمل الفضولى ، والاثراء دون حق ، والعمل غير المشروع ، والقانون . ووضع المشروع فى الفصل الثانى الاحكام الخاصة بآثار الالتزام من تنفيذ واعذار وتعويض وما اعطى للدائن من الحق فى استعمال حقوق مدينه من طريق الدعوى غير المباشرة ومن الطعن فى تصرفات مدينه الضارة به من طريق الدعوى البوليصية . وعرض فى الفصل الثالث للالتزامات الموصوفة من شرطية واجلية وتمييزية وبدلية وتضامنية وغير ذلك ، ثم انتقل فى الفصل الرابع إلى اسباب انقضاء الالتزامات فذكر الوفاء وقرن به العرض الحقيقى ثم التجديد والابراء والمقاصة واتحاد الذمة ودعاوى البطلان والتقادم المسقط . وقرر فى الفصل الخامس احكام حوالة الحق ، وابى ان يجارى التقنينات الحديثة وتطور التعامل فيجيز حوالة الدين ، وقد كانت نزعته المحافظة واضحة كل الوضوح فى ذلك . وختم هذه الفصول بفصل سادس اورد فيه احكام اثبات الالتزامات ووفائها .

واعقب الباب الأول أبواب كثيرة ، خصص كل باب منها لعقد من العقود المعينة . فبسط المشروع احكام عقود البيع والمقايضة والايجار والعمل والاستصناع والشركة والوكالة والصلح والايراد المؤبد والايراد المرتب طول الحياة والرهان وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك والوديعة والحراسة والنقل والنزول فى الفنادق (Hôtellerie) ورهن الحيازة فى المنقول وفى العقار والكفالة . وقد عنى المشروع بنوع خاص بعقدى البيع والايجار ، وهما أكثر العقود شيوعا فى التعامل . وعنى كذلك بعقد الشركة المدنية وادمج فى احكامها احكام القسمة وقرر الشخصية المعنوية للشركات . وفصل الحراسة عن الوديعة . واوجد عقدا معينا جديدا هو عقد النزول فى الفنادق . ولكنه لم يعرض لعقد التأمين (Contrat d'assurance) مع شيوعه وانتشاره فى العصر الحاضر .

تقدير المشروع الفرنسى الايطالى :

يقول واضعوا المشروع فى التقرير التفسيرى الذى ارفقوا به مشروعهم : «لقد كان المشروع الذى خلص من هذا التعاون فى العمل ثمرة مجهود اخوى منظم من جانب فقهاء البلدين الشقيقين . وقد بذل هؤلاء الفقهاء ما فى وسعهم حتى يخلقوا بمجهودهم المشترك من القواعد القانونية ما يصح ان يمثل ، فى كل بلد من البلدين ، ارقى نظام قانونى يطلبه العلم والعمل . فاوجدوا بذلك أول نموذج جدى لما يمكن ان يكون عليه ، فى المستقبل القريب أو البعيد ، قانون خاص جديد لاوروبا ، يكون مشتركا بين جميع الامم ، أو بين طائفة كبرى من هذه الامم الاوروبية ، بل ومن امم أخرى وراء البحار . فنحن تعجلنا بذلك أعمال معهد توحيد القانون الخاص ، واوجدنا أول اساس قوى لقانون عالمى مشترك» (ص ٣٥ من التقرير) .

وقد تأثر المشروع كثيرا بالتقنين السويسرى كما قدمنا ، وكان تأثره بهذا التقنين بنوع خاص فى دائرة الصياغة والاسلوب . فالمشروع الفرنسى الايطالى يحاكى التقنين السويسرى وضوحا ودقة تعبير . وقد كان للمشروع عنده صدوره صدى واسع فى جميع البلاد اللاتينية ، فاتخذته البانيا تشريعا لها فى نفس السنة التى ظهر فيها . وترجمته

رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها . وتأثر به التقنين اللبنانى الأخير كما قدمنا ، وكذلك التقنين اليولونى إلى حد . وأكبر مزية للمشروع هى انه يحافظ على الروح اللاتينية فى بساطتها ووضوحها .

على ان المشروع ينطوى على نزعة محافظة واضحة كل الوضوح . فهو يأبى ان يأخذ بكثير من المبادىء الحديثة ، حتى لا يدخل تعديلا كبيرا على التقنينين اللذين يقوم بتوحيدهما . فقد رأيناه لا يعترف بحوالة الدين ومن ينظر فى تفاصيل نصوصه يراه يكاد يتعمد ان يحتفظ ببعض اغلاط وقع فيها التقنين الفرنسى ، دون ان يوجد سبب ظاهر لذلك الا رغبة واضعى المشروع فى الا يحدثوا تغييرات كثيرة فى التشريعات الحاضرة . ويقول الاستاذ ريبير ، أحد واضعى المشروع ، فى هذه المعنى ما يأتى : «لم يكن الغرض وضع مشروع تقنين يكون جديدا من جميع الوجوه ، أو تسجيل كل الافكار التى جدت في موضوع الالتزامات فى غضون القرن الماضى وأول القرن الحاضر بنصوص تشريعية . وإنما قصد تقريب قانون كل بلد من قانون البلد الآخر ، مع ادخال بعض القواعد القانونية الجديدة التى اخذت بها التشريعات الأجنبية أو القضاء ، تمشيا مع الحاجات العملية الحديثة ، فى هذا القانون المشترك . وهذه خطة حكيمة ، وخطرها الوحيد هو انها لا تفسح مجالا للتقدم . فالاتفاق على ابقاء الموجود اسهل من الاتفاق على تحقيق اصلاح فيه . لذلك امعن المشروع الفرنسى الايطالى فى نزعته المحافظة أكثر مما يجب فى كثير من المسائل . ولم يكن يمكنه تحقيق الاتفاق الا بشرط ابقاء ما ظهر للبعض أنه عتيق ، والامتناع بنوع خاص من اقتراح ما لا ينال اجماعا » (أنظر مقدمة الاستاذ ريبير لرسالة الموسيو فيفوردنو فى المشروع الفرنسى الايطالى باريس سنة ١٩٣٢ ص ٥) .

وقد سبق ان قدرنا المشروع الفرنسى الايطالى فى مقال اعد للنشر فى الكتاب الذهبى للعيد الخمسيني للمحاكم الأهلية فى مصر ، فقلنا ما يأتى : « على أننا نرى ان المشروع الفرنسى الايطالى ، وهو فى ذلك ككل عمل تشريعى يرمى إلى توحيد القونين ما بين الأمم المختلفة ، يحمل أثرا قويا من روح المساومة والرغبة فى تسوية الخلاف ما بين التشريعين اللذين يرمى إلى توحيدهما . وهو يكاد يكون رجعيا فى نزعته ، اذ يحتفظ

بالروح اللاتينية إلى حد جعله يضحى من أجل الاحتفاظ بها بالتمشى مع روح التقدم الحديثة فى بعض النواحى ، حتى لا يستحدث تغييرا كبيرا فى التشريعات الفرنسية والايطالية الحاضرة ، فيكون بذلك أدنى إلى أن تأخذ به الامتان » .

ما يثيره المشروع الفرنسى الايطالى من التفكير فى الطرق العملية التى تتبع لتوحيد القوانين المدنية :

وللمشروع الفرنسى الايطالى مزية خاصة ، هى انه يثير كثيرا من المسائل المتعلقة بتوحيد القوانين المدنية ما بين الامم المختلفة . ولهذا الموضوع أهمية كبيرة بالنسبة لبلاد الشرق العربى . فليس بعيدا ان تفكر هذه البلاد فى توحيد قوانينها المدنية ، على الأقل فى دائرة العقود والالتزامات ، وهى الدائرة التى يسهل ان تكون مشتركة بين الجميع . وقد عرض الاستاذ لارنود رئيس اللجنة الفرنسية لهذه المسائل باسهاب كبير فى تقريره الخاص الذى تقدمت الاشارة إليه . ونحن نختار أهمها ونعرض لها فى إيجاز تام لضيق المقام .

فأول مسألة تعرض لتوحيد القانون بين بلاد كثيرة هى الطريقة العملية التى تتبع لتحقيق هذا الغرض . وليس من السهل أن تجمع المندوبين من البلاد المتفرقة ليتفقوا جميعا على مشروع واحد . ولو ان الامم اللاتينية ارتأت ان تسلك هذا الطريق ، واجتمع مندوبون منهم ليوحدوا ما بين القوانين اللاتينية جميعا لما تيسر ان يخلص لنا المشروع اللاتينى الموحد فى اضعاف المدة التى خلص لنا فيها المشروع الفرنسى الايطالى . بل كانت الخطة العملية هى ان يجتمع مندوبو بلدين يمثلان البلاد اللاتينية ، وقد فوضت سائر البلاد اللاتينية كلا من فرنسا وايطاليا فى هذا العمل كما قدمنا . واذا كان ضروريا من الناحية العملية ان يكون عدد البلاد التى تقوم بالتوحيد محدودا ، فمن الضرورى كذلك ان يكون الموضوع المختار للتوحيد محدودا أيضا . وقد احسنت فرنسا وايطاليا فى البدء بموضوع الالتزامات والعقود ، فهو الموضوع ذو الصبغة العامة المجردة ، يغلب فيه الفن والصياغة ، وقواعد الفن والصياغة القانونية يسهل الاتفاق عليها ، وهو قانون التعامل ، والتعامل قد تطور فى العصر الحاضر واصبح دوليا غير محصور فى حدود وطنية ضيقة . ومن هنا نرى هذه الظاهرة البارزة

فى تقنينات العصر الحاضر ، فكثير منها يفصل التقنين الخاص بالعقود والالتزامات عن بقية أجزاء التقنين المدنى . وقدد سبقت سويسرا إلى ذلك لاسباب دستورية سيأتى ذكرها فيما يلى . ثم رأينا تونس ومراكش ولبنان وبولونيا كل منها تتخذ تقنينا مستقلا للالتزامات والعقود ، وها نحن نرى المشروع الفرنسى والايطالى يقتصر مبدئيا على هذه الدائرة . بل ان «مجلة الاحكام العدلية» التى قننها الاتراك ليست فى الواقع من الأمر الا تقنينا للالتزامات والعقود .

ثم تأتى بعد ذلك مسألة اخرى هى مسألة الاجراءات التى تتبع للوصول إلى التوحيد المطلوب . وهنا ينفتح امامنا طريقان . الطريق الأول هو طريق المعاهدات الدولية ، والطريق الثانى هو طريق التوحيد الفردى . فالتوحيد من طريق المعاهدات يراد به ان توقع الدول التى تريد توحيد قوانينها معاهدة دولية تتضمن هذا التقنين المشترك الذى اتفق عليه الجميع . والتوحيد الفردى هو ان تتخذ كل دولة هذا التقنين المشترك بعمل فردى من جانبها ، أى بمقتضى تشريع داخلى ، دون أن توقع معاهدة مع الدول الأخرى تتقيد فيها بذلك . والتوحيد الفردى أسهل وقعاً ، لأن التوحيد التعاهدى يقيد سلطان الدولة ، ويسلبها حرية التعديل فى تشريعها مدة قيام المعاهدة . ولعلاج ذلك يحسن بالدول ، إذا اختارت التوحيد التعاهدى ، ان تجعل مدة المعاهدة قصيرة ، وان تدبر ايجاد هيئة مختلطة دائمة ، تنظر فى أمر هذا التقنين المشترك ، حتى تقترح على الدول ادخال التعديلات الملائمة فى الوقت المناسب . وهناك أمر آخر ، هو امر السلطات القضائية التى تتولى تطبيق التشريع المشترك فى كل دولة . فسواء كان التوحيد تعاهديا أو فرديا ، لا بد من توقع اختلاف فى تطبيق المحاكم للتقنين . وإذا كنا نكفل توحيد التطبيق القضائى فى داخل الدولة بإنشاء محكمة عليا يوكل إليها تفسير القانون ، فإن ذلك لا يتيسر لنا عندما يكون التقنين مشتركا بين اكثر من دولة . فليس من اليسير أن توجد محكمة عليا دولية تخضع لها السلطات القضائية للدول المتعاهدة . وإذا كان لكل دولة محكمتها العليا ، فلا شك فى أنه ستكون لكل محكمة كلمتها فى تفسير التقنين . وخير طريق للتخفيف من اثر ذلك هو ايجادهذه الهيئة المختلطة

الدائمة التى أشرنا إليها . فهى ترقب عن كثب تطور القانون وسير القضاء فى الدول المشتركة فى التقنين ، وتشير من وقت لآخر على هذه الدول بإتخاذ التدابيرات الدبلوماسية والتشريعية التى تعيد للتقنين المشترك وحدته وانسجامه .

ثانياً : التقنينات الجرمانية

اقدم هذه التقنينات التقنين النمساوى . ويليه التقنين السويسرى ثم التقنين الالمانى . ونقول كلمة موجزة عن كل من هذه التقنينات .

١- التقنين النمساوى

تقنين سنة ١٨١١ :

ما كاد يتم القرن الخامس عشر ، حتى دخل القانون الرومانى البلاد النمساوية ، واخذ يحل محل العادات الجرمانية ، وقد تسرب هذا القانون إلى النمسا من مدرسة بولونيا فى إيطاليا ، واختلط القانون الرومانى بالعادات اختلاطا تاما . حتى إذا كان منتصف القرن الثامن عشر ، الفت لجنة فى عهد مارى تيريز فى سنة ١٧٥٣ لتقنين القانون النمساوى . ورأس اللجنة الأستاذ أزونى (Azzoni) بجامعة براج . وعهد الى اللجنة بتقنين العادات الموجودة مع إكمال الناقص بالالتجاء الى ما يمليه العقل السليم (à l'aide de la raison) . وقد قدمت اللجنة مشروعا سمى بالتقنين التريزى (Codex Thresanius) فى سنة ١٧٦٦ ، وكان بالغا فى الطول والاسهاب ، إذ بلغ عدد نصوصه ٧٣٧٧ مادة . فأعيد الى اللجنة حتى تختصره . وأصدر جوزيف الثانى فى سنة ١٧٨٦ القسم الذى أنجز منه ، وهو يشمل مصادر القانون وقانون الأشخاص والأسرة ، وسمى بالتقنين الجوزفى (Joséphin) . وفى سنة ١٧٩٦ ، فى حكم فرنسوا الثانى ، قدمت اللجنة تحت رآسة مارتينى (Martini) أستاذ القانون الطبيعى والقانون الرومانى فى فينا ، مشروعا كاملا نفذ فى بعض مقاطعات نمساوية ، ثم شكلت لجنة لاعادة النظر فيه فى ظل الملاحظات التى ظهرت من تجارب تطبيقه . وكان آخر رئيس لهذه اللجنة تسيلر (Zeiller) الأستاذ بجامعة فينا

وخليفة مارتينى فى كرسيه . وقد ظلت اللجنة تعمل من سنة ١٨٠١ الى سنة ١٨١١ ، حيث أتمت مراجعة التقنين .

ويفتتح تقنين سنة ١٨١١ بمقدمة قصيرة . ثم ينقسم الى ثلاثة أقسام الأحكام المتعلقة بالأشخاص ، والأحكام المتعلقة بالأشياء ، وأحكام مشتركة بين الأشخاص والأشياء . وقد تأثر هذا التقنين كثيرا بالقانون الرومانى ، فتوخى أحكامه بنوع خاص فى التبنى والقوامة والملكية الفردية والحق الشخصى والحق العينى والالتزامات ونظام المهر . كما تسربت اليه العادات الجرمانية فى بعض المسائل ، كالسجل العقارى والنظم المالية للزواج وتدخل السلطات القضائية . ولم يخل من أثر تقنين بروسى سابق عليه يسمى بتقنين Landreeht . وتسوده الصبغة المنطقية ، وهى الصبغة التى كانت تسود القرن الثامن عشر ، وقد قام بوضعه كل مت مارتينى وتسيلر وكلاهما أستاذ القانون الطبيعى[١] . ولم يكن للتقنين الفرنسى الذى صدر قبله سنوات قليلة أى تأثير فيه ، لأن التقنين النمساوى كان قد أعد كما رأينا منذ سنة ١٧٩٦ ، أى قبل اعداد التقنين الفرنسى .

وقد بدأ تنفيذ التقنين النمساوى فى أول يناير سنة ٨١٢ . وبقى التقنين دون تعديل الى سنة ١٨٥٩ . وتلا ذلك عهد امتد من سنة ١٨٥٩ الى سنة ١٨٧٩ ، صدر فى خلاله قوانين مستقلة تغير من أحكام التقنين المدنى تغييرا اقتضاه نفوذ البورجوازية المالية ورجال الصناعة والتجارة . ثم تلا ذلك العهد الحاضر ، وهو عهد حماية العمال ، فصدرت قوانين مستقلة أيضا بالتعديلات التى تقتضيها هذه الروح الجديدة . فقد تكونت طائفة من القواعد القانونية هى من صنع القضاء ، وأصبحت معرفتها ضرورة لاتقل فى الأهمية عن معرفة التقنين ذاته .

---

(١) ونلمح أثر القانون الطبيعى فى كثير من المبادىء التى قام عليها التقنين النمساوى ، فهو يعترف بالحرية الطبيعية يقرها لكل انسان ، لا فرق بين وطنى واجنبى ، وبين طبقة وطبقة ، وبين ذكر وأنثى ، وبين دين ودين ، ولا يتقيد بالتقاليد التاريخية ، بل يحكم العقل ، فيأتى بحلول منطقية مجردة ، ويضع نظاما مصطنعا للميراث يصل الى حد الدقة الحسابية ، وإذا أعوز القاضى النص كان عليه أن يرجع الى القياس ، فان لم يجد ما يقيس عليه ، لايرجع الى العادات بل الى مبادىء القانون الطبيعى (أنظر جاليه Gallaix : تعديل التقنين المدنى النمساوى باريس ١٩٢٥ ص ٥ و ٦) .

تنقيح التقنين النمساوى فى القرن العشرين :

كانت حالة التقنين النمساوى فى القرن العشرين كما يأتى : تقنين أصلى ، على هامشه قوانين كثيرة ، صدرت فى أوقات مختلفة ، تعدله فى نواح متعددة . وعلى هامش الهامش أحكام القضاء ، تتكون منها مجموعة من الأحكام القانونية ليست مقننة ولا مرتبة ، والالمام بها ضرورى لمعرفة القانون المطبق . الى هذا كله تطور فى النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، مما يقتضى النظر فى تنقيح التقنين بعد أن مضى عليه قرن كامل .

ففى سنة ١٩٠٤ تألفت لجنة تحت رآسة أونجر (Unger) لتنقيح التقنين . وفى سنة ١٩٠٧ قدمت هذه اللجنة تقريرا بنتائج أعمالها ، عرضته الحكومة على مجلس الأعيان باسم « مشروع قانون بتعديل بعض نصوص التقنين المدنى » ، فنظرته لجنة فرعية قدمت مشروعها فى سنة ١٩٠٩ ، ثم نظر فى هذا المشروع فى ظل الانتقادات والملاحظات التى وجهت اليه ، وانتهى الأمر بتقديم مشروع ثان فى سنة ١٩١٢ توسع فى التنقيح والتعدل أكثر من المشروع الأول وصحبته مذكرة ايضاحية قيمة وضعها الأستاذ فون شىء (Von Sehey) الذى خلف ارستاذ أونجر بعد وفاته . وأقر مجلس الأعيان هذا المشروع الأخير فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ . وأرسل إلى مجلس النواب ، ولكن هذا المجلس انفض قبل أن يقره . وأعلنت الحرب الكبرى ، فأخذت الحكومة النمساوية تصدر التنقيح أجزاء متفرقة بمراسيم امبراطورية لها قوة القانون طبقاً لما يقضى به دستور الدولة فى حالة الضرورة . فصدر التنقيح الخاص بقانون الأشخاص وقانون الأسرة فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ ، والتنقيح الخاص بالملكية الشائعة فى ٢٢ يولية سنة ١٩١٥ ، وبقية أجزاء التنقيح فى ١٩ مارس سنة ١٩١٦ .

وقد تناول التنقيح نحو ٢٥٠ مادة من ١٥٠٢ مادة يتضمنها التقنين الأصلى[1] . ولا يزال التقنين المنقح معمولا به حتى الآن فى الجمهورية

---

(١) وأهم ما تناوله التنقيح حقوق الجوار والتصرف فى الضمان العقارى وحقوق الاتفاق والميراث ومسائل مختلفة فى قانون الالتزامات ، والعقود (أنظر فى نلك جاليه Gallaix فى تنقيح التقنين المدنى النمساوى باريس سنة ١٩٢٥) .

النمساوية . أما البلاد التى انسخلت من الامبراطورية النمساوية بعد الحرب واندمجت فى دول أخرى كيوجوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا ورومانيا وبولونيا . فهذه تتبع دولها الجديدة التى أخذت حركة التقنين فيها تنشط فى العهد الأخير على ما سنراه فيما يلى :

ب ـ التقنين السويسرى[1]

كيف وضعت التقنينات السويسرية :

لم يكن لهيئة التشريع المركزية فى جمهورية الاتحاد السويسرى حق التشريع فى جميع المواد المدنية . ففكرت حكومة الاتحاد فى أول الأمر أن تقنن التشريعات التجارية . فتشكلت لجنة فى سنة ١٨٦٣ لبحث مشروع فى القانون التجارى وضعه الأستاذ منتسنجر (Munzinger) . ثم لما أعطيت هيئة التشريع المركزية حق التشريع فى مواد الأهلية وجميع المسائل المتعلقة بالتجارة والتعامل فى المنقول أمكن جعل المشروع شاملا لجميع قانون الالتزامات والقانون التجارى ، واتخذ مشروع درسد الألمانى أساسا له . وقدم الأستاذ فيك (Fiek) الذى خلف الأستاذ منتسنجر بعد موته مشروعه الأول فى سنة ١٨٧٥ ، ونشر للاستفتاء ، ثم ناقشته الهيئة التشريعية ، ووافقت عليه جملة واحدة فى سنة ١٨٨١ ، دون أن تناقش تفصيلاته ، حتى لاتخل بتناسق التقنين . وقد عمل به من أول يناير سنة ١٨٨٣ . وهذا هو تقنين الالتزامات السويسرى فى صورته الأولى .

ولما رجع دستور الاتحاد فى سنة ١٨٩٨ ، اعطيت الحكومه المركزيه حق التشريع فى جميع مسائل القانون المدنى فاعتزمت الحكومة القيام بعملين : تكملة التقنين المدنى ومراجعة تقنين الالتزامات .

وقام بالعملية معا الأستاذ هوبر (Huber) ، وأدمج تقنين الالتزامات فى التقنين المدنى . ولكن الهيئة التشريعية أقرت التقنين المدنى ، بعد أن فصلت عنه تقنين الالتزامات ، فى سنة ١٩٠٧ وتقرر أن يعمل به فى أول يناير سنة ١٩١٢ ، وهذا هو التقنين المدنى السويسرى .

وأعيدت مراجعة تقنين الالتزامات فى لجنة جديدة . فقدمت اللجنة مشروعا نهائيا راجعت فيه التقنين عدا الجزء الخاص بالقانون التجارى .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع مقالا لنا فى العدد الأول من السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد ، عنوانه القانون المدنى المصرى وعلى أساس يكون هذا التنقيح ،.

فأقرته الهيئة التشريعية فى سنة ١٩١١ ، على أن يبقى منفصلا عن التقنين المدنى لأن مراجعته لم تكمل ، وقررت أن يكون العمل به فى أول يناير سنة ١٩١٢ كالتقنين المدنى . وهذا هو تقنين الالتزامات السويسرى فى صورته الحاضرة .

تقدير التقنين السويسرى :

كتبنا فى مقال لنا ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى العدد الأول من السنة السادسة ، نقدر التقنين السويسرى كما يأتى :-

« يمتاز التقنين السويسرى بالوضوح والبساطة ، فيتغاير بهذا مع التقنين الألمانى المغلق المعقد . وهو يجمع إلى الوضوح والبساطة والدقة والتعمق ، ثم يضم إلى كل ذلك الجدة والتمشى مع النظريات العلمية . ففيه تجتمع مزايا التقنين الالمانى من حيث القيمة الفنية ، ومزايا التقنين الفرنسى من حيث السلاسة والوضوح . فهو مثل عال من مثل التشريع ، من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع . ووضوحه كان سببا فى إنتشاره انتشارا سريعا . واصبح شأنه من حيث الذيوع فى القرن العشرين شأن التقنين الفرنسى فى القرن التاسع عشر . وقد بلغ الأمر ببعض الأمم ، كالترك ، أن اتخذته تشريعاً لها جملة واحدة ، وآثرته على جميع التقنينات الغربية عندما أرادت الانتقال من الشريعة الاسلامية الى التشريع الأوروبى . .

ويفخر السويسريون بأن تقنينهم من نسج أيديهم لم ينحوا فيه منحى التقليد المجرد . وفى هذا يقول الأستاذ روسل (Rossel) : قد استمددنا التقنين المدنى السويسرى من مصادر هى مصادرنا . وقد استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى . وإذا كان طبيعيا أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيننا والتقنين الألمانى أو التقنين الفرنسى ، فتقنيننا ليس مديناً لأى من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مديناً لهم إلا فى بعض المسائل التفصيلية ، وبقدر واحد تقريباً بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول أن تقنيننا قد نسج على منوال طباعنا وأخلاقنا وعقليتنا ، إذ أنه حقاً تشريع سويسرى قبل كل شىء » . وهذا وصف رائع لما يجب أن تكون عليه تشريعات الأمم ، وان كان فيه شىء من المبالغة من حيث اجتناب الاقتباس من التشريعات الأجنبية .

وليس السويسريون وحدهم الذين يعجبون بتقنينهم ، بل يشترك فى هذا الاعجاب كثير من العلماء الأجانب فيرى الأستاذ جودميه أن التقنين السويسرى قد امتاز ببساطته ، وبتجنبه للتعقيدات الفقهية ، وبصبغته العملية السائدة ، وقد حقق بهذا الوضوح وبهذه البساطة ، الى أقصى حد ممكن ، المثل الأعلى لتشريع ديمرقراطى . ويرى الأستاذ جوسران أن التقنين السويسرى قد فاق التقنين الألمانى من وجوه كثيرة ، فهو أكثر مرونة ، وأقل صبغة فقهية ، وأكثر قبولا للأفكار الحديثة فى المساواة والتضامن الاجتماعى ، وهو لم يحاول أن يوجد حلا لكل فرض ، بل ترك للقاضى وللفقيه حرية واسعة فى التقدير وفى الاجتهاد ، واكتفى بتقرير المبادىء العامة ، فأمن بذلك أن يشل تشريعه من تطور القانون . ويرى الأستاذ والتون أن التقنين السويسرى هو خير تشريع تحتذيه أمة تريد أن تقتبس من التشريعات الأجنبية ، لبساطة عبارته ، ووضوح أسلوبه ، وصبغته العملية ».

ولا نزال عند تقديرنا هذا ، لا ننقص منه حرفا .

ترتيب التقنين السويسرى :

قدمنا أنه يوجد تقنينان ، تقنين الالتزامات والتقنين المدنى . أما تقنين الالتزامات فيتضمن قسمين :

القسم الأول : يضع أحكام النظرية العامة للالتزامات . وهو فى خمسة أبواب . خصص الباب الأول لمصادر الالتزام وهى العقد (وذكرت أحكام العقد غير منفصلة عن أحكام الارادة بوجه عام خلافا للتقنين الألمانى الذى فصل ما بين الشيئين . وترتيب التقنين السويسرى أكثر وضوحا من الناحية العملية) . والعمل غير المشروع والاثراء على حساب الغير . وقد تضمنت أحكام العقد حكم الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، وخصص للفضالة باب مستقل فى القسم الثانى . أما القانون كمصدر للالتزام فقد ترك مفهوماً من ثنايا النصوص . وخصص الباب الثانى لأثر الالتزام ، فقرر أحكام وفاء الالتزام وأحكام عدم الوفاء وأثر الالتزام بالنسبة للغير . وخصص الباب الثالث لانقضاء الالتزام بالابراء أو التجديد أو اتحاد الذمة أو استحالة الوفاء والمقاصة والتقادم . وخصص الباب الرابع للالتزاما الموصوفة ، من التزامات تضامنية والتزامات شرطية وعربون وشرط

جزائى أما الأجل فقد عرض له التقنين عند الكلام فى وفاء الالتزام وتحديد ميعاد الوفاء وذلك فى الباب الثانى . وخصص الباب الخامس لنقل الالتزام حوالة حق وحوالة دين ، وقد أخذ التقنين بحوالة الدين كما أخذ بحوالة الحق .

والقسم الثانى : يقرر أحكام العقود المعينة المدنية والتجارية عقدا عقدا وهى البيع ومعه المقايضة ، والهبة ، والايجار ، والعارية بنوعيها والعمل ، والمقاولة ، والنشر ، والوكالة ، والسند بفتح الاعتماد ، والسمسرة والفضالة ، والعمولة ، والنقل والاعتماد التجارى والإحالة والوديعة ، والكفالة ، والرهان ، والايراد والشركات والأوراق المالية والدفاتر التجارية . ويلاحظ أن التقنين السويسرى ابتدع عقودا معينة جديدة كعقد النشر وعقد الاحالة ، وأورد الفضالة ضمن العقود المعنية وهى ليست بعقد ، وأدمج القانون التجارى فى تقنين الالتزامات .

والتقنين المدنى يتضمن أربعة كتب . الكتاب الأول فى الأشخاص الطبيعية والمعنوية . والكتاب الثانى فى قانون الأسرة ، ويتناول الزواج والطلاق والنظام المالى للأسرة والنسب الشرعى والنسب الطبيعى والنفقة والسلطة الأبوية ومال الأسرة والوصاية . والكتاب الثالث فى الميراث والوصية . والكتاب الرابع فى الحقوق العينية ، ويتناول الملكية والحقوق الارتفاق والرهن بنوعيه والحيازة والسجل العقارى : ويلاحظ ان القانون المدنى السويسرى قد ادمج التأمينات العينية مع الحقوق العينية الاصلية فى كتاب واحد .

جـ- التقنين الالمانى (*)

كيف وضع التقنين الالمانى :

اتخذت البلاد الالمانية القانون الرومانى قانونا لها زمنا طويلا . وكانت تطبق إلى جانبه أيضا العادات الجرمانية . وعمد فردريك الأكبر

(*) انظر فى هذا الموضوع أيضاً مقالنا المنشور فى العدد الأول من السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد ، وهو المقال الذى سبقت لنا الاشارة إليه .

إلى تقنين القانون الالمانى ، وقد بدأ تحضير هذا التقنين فى سنة ١٧٤٦ ، ولكنه لم يعمل به إلا فى سنة ١٧٩٤ . ثم أخذت حركة التقنين يفتر نشاطها لما وقف سافينى وقفته المعروفة ضد التقنين . ولكن عادت الحركة إلى النشاط عندما تكون اتحاد الشمال الجرمانى ، ووجدت هيئة تشريعية مركزية لهذا الاتحاد . ثم تألفت فى سنة ١٨٦٠ جمعية من الفقهاء الالمان والنمساويين (Juristentag) ، تعمل لتوحيد القوانين الجرمانية وتقنينها . فعقدت الجمعية عدة مؤتمرات خلصت منها بمشروع لقانون الالتزامات هو المعروف بمشروع درسد (Dresde) ، وهو المشروع الذى اقتبس منه التقنين السويسرى بعض احكامه كما قدمنا . ولما توحدت الامبراطورية الالمانية فى سنة ١٨٧٠ ، جعل التشريع المدنى من اختصاص الهيئة التشريعية المركزية . فشكل مجلس البوندسرات (Bundesrath) فى سنة ١٨٧٤ لجنة لتحضير خطة عامة لتقنين مدنى . ثم تألفت لجنة مشكلة من احد عشر عضواً كلهم من الفقهاء والقضاة . وقد قام كل عضو بكتابة النصوص فى موضوع من موضوعات القانون وكل إلية ، وأخذت هذه اللجنة بمشروع درسد فى الالتزامات . وتم بذلك تحضير مشروعات ابتدائية كاملة النصوص فى سنة ١٨٨٠ . واجتمعت اللجنة بعد ذلك لتناقش هذه المشروعات ، وظلت فى عملها حتى سنة ١٨٨٧ ، فاخرجت « المشروع الأول » للقانون الالمانى . ونشر هذا المشروع رسميا للاستفتاء فى سنة ١٨٨٨ . وقد لوحظ بوجه عام على المشروع ان لغته اقرب للفقه منها إلى التشريع ، وان نفوذ القانون الرومانى متغلغل فيه . ومن أجل هذا قام فى وجهه جييرك (Gierke) ، الفقيه الالمانى المعروف ، وكان من أكبر الدعاة لوجوب الأخذ بالعادات الجرمانية إذ هى قوانين البلاد الاصلية ، ونادى بوجوب تغليب هذه العادات على القانون الرومانى الدخيل فى التقنين الجديد . فشكل مجلس البوندسرات فى سنة ١٨٩٠ لجنة أخرى من اثنين وعشرين عضوا ، جمعت إلى رجال القانون رجال الصناعة والتجارة والمال وكبار الملاك . واتخذت هذه اللجنة أساسا لعملها « المشروع الأول » وأخذت فى تعديله ، وكلما انجزت جزءا نشرته للاستفتاء . فانتهى « المشروع الثانى » فى سنة ١٨٩٥ . ثما عادت اللجنة الى مراجعة هذا المشروع فى ضوء ما حصلت عليه من نتائج الاستفتاء الذى قامت به ،

فعدلت منه أيضا . وعرض هذا المشروع الثانى المعدل (المشروع الثالث) على مجلس البوندسرات فى يناير سنة ١٨٩٦ ، بعد أن تخفف من نزعته الفقهية وزاحمت فيه التقاليد الجرمانية النفوذ الرومانى . فنظر فيه هذا المجلس ، واحاله ، وقد أصبح «مشروعا رابعا»، على مجلس الرينشستاج .

واتفقت الحكومة مع الأجزاب السياسية على أن تقصر الأحزاب حقها فى طلب التعديل على المسائل السياسية والاجتماعية والدينية ، تاركة مسائل الصياغة القانونية كما هى دون تعديل حتى لا يختل تناسقها . والف مجلس الرَيشْستاج لجنة مثل فيها كل الأحزاب . وقد اقترحت هذه اللجنة ما رأته من التعديلات فى حدود ما سبق الاتفاق عليه . فكان ذلك سببا فى سهولة موافقة المجلس على المشروع والسرعة فى ذلك ، إذ وافق عليه فى أول يولية سنة ١٨٩٦ . وفى ١٤ يولية من السنة نفسها وافق عليه مجلس البوندسرات ، وكان قد عرض عليه أولا كما قدمنا . وصدر فى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ على أن يعمل به من أول يناير سنة ١٩٠٠ .

تقدير التقنين الألمانى :

قدر التقنين الألمان تقديرا مختلفا ، فذكرت محاسنه وعيوبه . فكتب الأستاذ جودميه (Gaudemet) فى مقاله المنشور فى كتاب العيد المئينى للتقنين الفرنسى عن هذا التقنين ما يأتى : «ظهر التقنين الألمانى ، وهو آية من آيات الفن والعلم ، كخلاصة نفسية للنتائج التى وصل اليها الفقه الألمانى فى غضون القرن التاسع عشر ، سواء فى دائرة الباندكت (القانون الرومانى) أو فى دائرة القانون الجرمانى الخاص . ولكن كثيرا من الشراح يرى أن هذا التقنين من الناحية الاجتماعية لايسد كل الحاجات التى تتطلبها دولة ديمقراطية . وقد قيل عن التقنين الألمانى ، كما قيل عن التقنين الفرنسى ، أنه تقنين مغرق فى نزعته «البرجوازية» ، وقد وضع ليحمى مصالح الطبقات المالكة ، ولا يفسح الا مكانا ضيقا للأفكار الحديثة ، التى تقضى بحماية الضعيف وبتوثيق التضامن الاجتماعى» .

وبعد أن ذكر الأستاذ جوسران محاسن هذا التقنين من حيث نضوجه ، ومن حيث أنه جمع خلاصة الفقه القانونى فى القرن التاسع عشر ، قال

ما يأتي : «وله ، الى جانب مزاياه التى لانزاع فيها ، عيوب لاتقل عنه تحقيقا . فهو عمل نظرى فى جوهره ، وقد كتب بأسلوب ثقيل لايستمرأ ، واجتمعت فيه الصنعة والتجريد . وقد أراد المشرع الألمانى أن يضع حلا لكل شىء ، وأن يفترض كل الفروض ، مستعينا فى هذا بصناعة سار فيها الى أبعد شوط . وإذا كان قد نجح فى هذا بعض النجاح ، فقد خسر فى سبيل هذا النجاح مزيتى الوضوح والنزعة العملية . ولاشك فى أن العمل جليل يملى الاحترام ، ولكنه كان مجهودا فقهيا أكثر منه مجهودا عمليا تسرى فيه روح الحياة» .

ومهما يكن من أمر عيوب هذا التقنين ، فإن تحضيره يمتاز دون شك بما يأتى :

(١) هذه المدة الطويلة التى صرفت فى وضعه حتى صار محكما دقيقا . وقد جمع خلاصة الفقه الألمانى فى أرقى مراحله .

(٢) اشتراك غير القانونيين ، من رجال الصناعة والمال وكبار الملاك ، فى تحضيره . وهذا ما جعله ثمرة التجارب العملية ، كما هو خلاصة النظريات الفقهية والتقاليد القضائية .

(٣) طرق الاستفتاء الواسعة المختلفة التى كان محلا لها ، مما ساعد على تمحيصه تمحيصا دقيقا ، وسمح لعدد كبير من المشتغلين بالقانون بالمساهمة فى تحضيره ، كل بما وسعته طاقته .

ترتيب التقنين الالمانى :

جاء التقنين الالمانى فى خمسة كتب . خصص الكتاب الأول منها لمقدمة عامة ، عرضت للاحكام المتعلقة بالشخص وبالشىء وبالعمل القانونى ، وانتهت باحكام فى التقادم المسقط وكيفية استعمال الحق . وعرض المشرع الالمانى عند الكلام فى الاشخاص للشخصية المعنوية والجمعيات والمنشآت ، وعند الكلام فى العمل القانونى لموضوعات كثيرة من نظرية الالتزام ، كالاهلية والعقد والنيابة والالتزامات الموصوفة ، مما جعل هذه النظرية تتوزع بين المقدمة والكتاب الأول توزعا ليس من شأنه أن يسهل البحث . ووردت نظرية التعسف فى استعمال الحق عند ذكر كيفية استعمال الحقوق .

أما الكتب الأربعة الاخرى ، فالاثنان الاخيران خصصا لقانون الأسرة والميراث . والكتابان الأولان لقانون المعاملات . اشتمل أحدهما على ما بقي من نظرية الالتزام وعلى العقود المعينة . وعرض الثانى للاشياء ، فبدأ بالحيازة ، واخذ فيها بأحدث النظريات ، ثم استعرض اسباب اكتساب الملكية ، وقد عدلت تعديلا جوهريا بسبب ادخال نظام السجل العقارى .

ثالثا - التقنينات الاخرى الحديثة التى ظهرت فى القرن العشرين

نشطت حركة التقنين فى القرن العشرين عقب الحرب الكبرى . ويرجع السبب فى ذلك إلى نشوء دول جديدة ، أوجدتها معاهدة فرساى ، كيوجوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا وبولونيا . وكل دولة القت بالها إلى التقنين حتى تدعم وحدتها الوطنية ، وحتى تعالج تباين القوانين المطبقة فى اجزائها القديمة وفى البلاد الجديدة التى انضمت إليها .

ومن أهم التقنينات التى تشير اليها التقنين البرازيلى الذى صدر فى سنة ١٩١٧ وقد ظهرت فيه النزعة المادية الجرمانية مع أنه تقنين لاتينى ، والتقنين السوفييتى الذى صدر فى سنة ١٩٢٢ ، والتقنين البولونى الذى صدر فى سنة ١٩٣٣[(١)] . هذا عدا مشروعات تقنين صدرت من أفراد أو من هيئات[(٢)] .

---

(١) ونشير هنا أيضا الى التقنين التركى وقد نقل حرفيا من التقنين السويسرى ، والتقنين الصينى وقد صدر أجزاء متفرقة ابتداء من سنة ١٩٢٩ ، (وبهذه المناسبة نذكر التقنين اليابانى وهو قديم صدر فى سنة ٢٨٩٦) ، والتقنين الرومانى ، والقانون التشيكوسلوفاكى . ويضيق المقام عن استعراضها فى هذا المقال .

(٢) انظر على سبيل المثال مشروع تقنين دولى للالتزامات وضعه الأستاذ فرنسكو كوسينتينى (Francesco Cosentini) (مجلة التشريع المقارن سنة ١٩٣٤ ص ١٨١) . وانظر مشروعا دوليا لعقد البيع وضعته لجنة مشكلة من فريق من الفقهاء من مختلف الجنسيات (هرست وجاتريدج وكابيتان وهامل ورابل) قام بتأليفها المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما ، واقره هذا المعهد ، وعرضته عصبة الأمم على اعضائها لاتخاذه نموذجا للتشريع . وقد استقرت اللجنة فى وضعه نحو خمس سنوات ، من سنة ١٩٣٠ الى سنة ١٩٣٤ ، واقره المعهد الدولى فى سنة ١٩٣٥ .

ونختار التقنين السوفييتى والتقنين البولونى لنقول كلمة موجزة عن كل منهما لضيق المقام .

أ - التقنين السوفييتى(١)

حالة التشريع فى الروسيا قبل الثورة :

عرفت الأمة الروسية التشريع وأكثرت منه الى حد الاسراف ، فى عهد قياصرتها الأقدمين . وأول تقنين منظم عرفته كان تقنينا أصدره القيصر (Alexis Mikhailbviteh) (سنة ١٦٤٥ - ١٦٧٦) ، وسمى بتقنين (Aulojené) وكان صدوره سنة ١٦٤٩ . ويشتمل هذا التقنين على مجموعة من النصوص ، استعارها القيصر من أقوال القديسين وآباء الكنيسة والقوانين البيزانطية وأوامر القياصرة الأقدمين ، الى بعض اضافات استحدثها . وبقى هذا التقنين أساسا للقانون الروسى حتى أول القرن الثامن عشر .

وحاول بطرس الأكبر (سنة ١٦٨٢ - ١٧٢٥) أن يضع تقنينا جديدا يقتبسه من التقنين السويدى ، بجانب خليط من العادات الروسية ، ولكن الموت عاجله قبل أن يتم عمله . وكذلك حاولت كاترين الثانية اصدار تقنين ، واتخذت إجراءات ترمى الى تحقيق ذلك ، ولكن الحروب حالت بينها وبين ما كانت تنوى أن تتمه . وأراد اسكندر الأول ، حليف نابليون أن يقلد حليفه فى التقنين ، ولكن الجهود التى بذلها فى سبيل ذلك لم تنتج ، فقد وقف له الرجعيون بالمرصاد ، يقاومون كل جديد . وفى عهد نيقولا الأول ، استطاع وزيره سبيرانسكى (Sp1ranski) أن يجمع القوانين الروسية المتفرقة من عهد تقنين ميخاييلوفتش (Miklaïlovite) ، ويرتبها ترتيبا منطقيا منظما ، ثم يستخلص منها ما هو معمول به فى مجموعة سميت بمجموعة قوانين الامبراطورية الروسية (Corps des lois de l'Emire Russie) ، وقد صدرت على أن يعمل بها فى أول يناير سنة ١٨٣٥ ، ثم اضيفت اليها

---

(١) انظر تقنينات روسيا السوفيتية مترجمة بقلم الأستاذين Patouilletو Dufour ومقدمة لها بقلم الأستاذين لامبير Lambert و Patouillet ، ومنشورة فى مجموعة معهد القانون المقارن بليون المجلد التاسع باريس سنة ١٩٢٥ .

القوانين الجديدة التى كانت تصدر عاما عاما ، وبذلك تم تدوين القوانين الروسية فى مجموعات معروفة . ثم أخذ القيصر نيقولا الأول ينقح القوانين ، فنقح القانون الجنائى فى سنة ١٨٤٥ ، ونقحه ابنه اسكندر الثانى تنقيحا ثانيا . ثم الف اسكندر الثالث لجنة فى سنة ١٨٨٢ ، لتضع مشروع قانونى مدنى ، وبقيت هذه اللجنة تعمل الى حكم نيقولا الثانى (١٨٩٤ - ١٩١٨) . ولما شبت الثورة فى مارس سنة ١٩١٧ وقفت حركة التقنين .

التقنين السوفييتى :

منذ شبت الثورة فى سنة ١٩١٧ إلى سنة ١٩٢١ والتشريعات تتولى ثم أخذت التقنينات تصدر فى العهد الجديد ، فصدر تقنين مدنى ، وتقنين للأسرة ، وتقنين للمرافعات المدنية ، وتقنين جنائى ، وتقنين للأجراءات الجنائية ، وتقنين للعمال ، وتقنين للزراعة ، وتقنين للمناجم الخ الخ . وقد صدرت كل هذه التقنينات فى فترة قصيرة من سنة ١٩٢٢ الى سنة ١٩٢٣ . وأريد بها أن تعيد التنظيم الاقتصادى للبلاد الروسية على أثر اخفاق تطبيق الشيوعية الكاملة فى هذه البلاد .

وكانت السرعة الكبيرة التى صدرت بها هذه التقنينات سببا فى اشتمالها على كثير من العيوب . فالتقنينات الروسية ، كما يقول الأستاذ لامبير ، لا تمتاز بما امتازت به التقنينات الفرنسية من الوضوح ورصانة العبارة ، ولا ترتفع إلى درجة الصياغة الفنية التى ارتفعت إليها التقنينات الالمانية .

على أن الذى يميز التقنينات السوفيتية هو انها تقنينات وضعت للشعب بلغة يفهمها الشعب ، وقد تجنب واضعو هذه التقنينات استعمال المصطلحات القانونية إلا بالقدر الضرورى ، على مصطلحات غير مغلقة ، يفهمها الجمهور من الناس . ولكن الوصول إلى لغة شعبية يكتب بها التشريع يحتاج إلى كثير من التأنى وحسن اختيار العبارات ، حتى لا تفقد النصوص التشريعية دقة المعنى ووحدته . ولم يكن هذا من حظ التقنينات السوفيتية لذلك لم تجمع نصوصها إلى البساطة الدقة فى التعبير .

ونقتصر الآن فى الكلام على التقنينات السوفيتية ، على تقنين الاسرة والتقنين المدنى ، وهما منفصلان . فتقنين الاسرة يحتوى على أبواب اربعة ، باب لسجلات المواليد والوفيات والزواج ، وآخر للزواج ، وثالث لنظام الأسرة من بنوة وتبن ، ورابع للوصاية ، أما التقنين المدنى فيشتمل على أربعة كتب . الكتاب الأول يحتوى على قسم عام ، يقرر المبادىء العامة المتعلقة بالاشخاص والاشياء والاعمال القانونية ، وسقوط الدعوى بالتقادم . وفى هذا الترتيب نرى أثر التقنين الالمانى . والكتاب الثانى يتناول الحقوق العينية ، فيقرر احكام الملكية وحق البناء والرهن . والكتاب الثالث خصص للالتزامات ، فيقرر احكام النظرية العامة ، ثم نظرية العقد ، وبعد ذلك يستعرض العقود المعينة ، فيبدأ بالايجار ، ثم البيع والمقايضة والقرض والمقاولة والكفالة والوكالة والشركات المدنية والتجارية ، والتأمين . ثم يرجع إلى المصادر الاخرى للالتزام ، الاثراء دون حق والعمل الضار . أما الكتاب الرابع فيقرر أحكام الميراث والوصية .

والنزعة الغالبة على التقنين السوفييتى هى نزعة التوفيق ما بين المبادىء الشيوعية والخضوع لمقتضيات الحياة العملية . ولذلك يعد هذا التقنين وثيقة خطيرة ، لا من حيث الصياغة الفنية ، بل من حيث تطور النظريات الاجتماعية والاقتصادية . وقد اعترف التقنين السوفييتى بالأسرة والزواج والملكية والتعاقد ، ولكنه عدل كثيرا من أحكام هذه النظم الرأسمالية ، بما يقربها من روح الاشتراكية . فالأسرة فى التقنين السوفييتى ضيقة محدودة العدد ، لاتشمل غير الزوجين والأصول والفروع والأخوة والأخوات ، ولا يبقى أكثر هؤلاء فى الأسرة الا ريثما يبلغون سن الرشد . والزواج لايجعل الزوجين مرتبطين فى أموالهما ، بل هناك فصل تام بين مال الزوج ومال الزوجة ، وهناك مساواة تامة بين الرجل والمرأة ، ولا سلطة للأب على أولاده ولكن للأولاد حق الحماية على أبيهم ، والبنوة الطبيعية كالبنوة الشرعية لا فرق بينهما . ويقيد التقنين السوفييتى من استعمال الحقوق بالغاية الاقتصادية والاجتماعية التى قررت من أجلها ، ويبنى المسؤولية عن العمل الضار على أساس مدنى لا ضرورة فيه لركن الخطأ ، ويوسع من الملكية المشتركة وملكية الدولة ، ويضيق من الملكية الفردية ، ويضع على سلطان الارادة قيودا واسعة فلا يكاد يوجد أمام الأفراد الا عقود نظمها القانون والزمهم باتباعها .

وظاهرتان اخريان بارزتان فى التقنين السوفييتى . أولهما أنه يفسح المجال واسعا لتدخل القضاء . ففى كثير من الأحوال يسكت عن الحكم ، او يورده مبهما ، أو يقرره فى معايير مرنة لا فى قواعد ضيقة ، مما يجعل تدخل القضاء ضروريا لاكمال الناقص ، وتوضيح المبهم ، وتطبيق المعايير تطبيقا يتلاءم مع الظروف التى تطبق فيها . والثانية هى أنه يفسح ايضا المجال للدولة تتدخل فى شؤون الأفراد ، فكثيرا ما جعل الروابط المدنية تحت رعاية الهيئات الادارية ولم يقف فى ذلك حتى دون روابط الأسرة . وقد أخضع الملكية والعمل والنقابات لسلطان الدولة وهيمنتها .

ب - التقنين البولونى

تاريخ وضع التقنين البولونى وترتيبه :

بدت فى بولونيا حركة قوية فى سبيل التقنين ، على أثر رجوع وحدتها واستقلالها بعد الحرب الكبرى . فصدر تقنين جنائى ، وتقنين للمرافعات المدينة ، وتقنين تجارى ، وتقنين للالتزامات والعقود ، وتقنين مدنى . وفى يدنا الآن تقنين الالتزامات والعقود . وهنا ظاهرة نلاحظها فى حركة التقنين الحديث ، هى فصل تقنين الالتزامات والعقود عن بقية اجزاء التقنين المدنى ، وقد رأينا ذلك فى التقنين السويسرى وفى المشروع الفرنسى الايطالى ، وفى التقنين التونسى وفى التقنين المراكشى وفى التقنين اللبنانى ، وها نحن نراه فى التقنين البولونى . وإذا قدر أن يكون للبلاد العربية تقنين موحد فى وقت قريب ، فانما يكون ذلك بالاقتصار على تقنين فى الالتزامات والعقود .

وقد الفت لجنة لوضع مشروع لتقنين الالتزامات والعقود فى بولونيا سنة ١٩٢٩ . واتخذت هذه اللجنة اساسا لعملها مشروعات سابقة وضعها الأستاذ أرنست ثل (Ernest Thill) ومعه الأستاذ لونجشان دى بيرييه (Longchamps de Bérier) وأساتذة آخرون . وبدأت القراءة الأولى من ١٥ اغسطس سنة ١٩٢٩ إلى ١٨ مارس سنة ١٩٣١ ، والقراءة الثالثة من ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ إلى ٣٠ ابريل سنة ١٩٣٣ . وبعد ان اقرته اللجنة الفرعية ، وافقت عليه اللجنة العليا للتقنين . ثم عهد إلى لجنة اخرى باعادة

النظر فيه مرة اخيرة، لمراجعة التعديلات التى ادخلت، وتوحيد المصطلحات التى استعملت. فبدأت اللجنة عملها فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣، وانتهت منه فى ٦ يوليه سنة ١٩٣٣. وصدر التقنين فى ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٣، على أن يكون تنفيذه فى أول يوليه سنة ١٩٣٤.

وهو يشتمل على سبعة عشر بابا، منها خمسة للقسم العام، فى مصادر الالتزامات وأنواعها وانتقالها وطرق انقضائها وحق الدائن فى الطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية. وقد ذكر التقنين البولونى اثر الالتزام عند الكلام على الوفاء به فى طرق الانقضاء، وجعل الدعوى البوليصية فى باب مستقل وكيفها التكييف القانونى الصحيح فهى دعوى بعدم سريان تصرف المدين فى حق الدائن. وخصصت بقية الأبواب للعقود المعينة: البيع والمقايضة والهبة والايجار والعارية بنوعيها وعقد العمل والمقولة والوكالة والسمسرة والوديعة والشركة والايراد المرتب والرهان والسند لحامله والصلح والكفالة. وقد روعى فى ترتيب العقود المعينة البدء بالعقود الناقلة للملكية، فالعقود الواقعة على المنفعة، فالواقعة على خدمة الغير، فعقود المضاربة، فالعقود المجردة. ويلاحظ أن التقنين البولونى وضع الهبة فى العقود المعينة، وهجر فكرة العقود العينية، ولم يورد عقد التأمين لأن له تشريعا خاصا.

تقدير التقنين البولونى:

هو أحدث تقنين مدنى ظهر. وقد جاء آية فى الاتقان. ولم يقصر واضعوه فى الاستفادة من التقنينات التى ظهرت حتى الآن. استفادوا من التقنين الفرنسى، ومن المشروع الفرنسى الايطالى، ولكنهم استفادوا بنوع خاص من التقنينين الالمانى والسويسرى. وأشاروا أمام كل نص وضعوه الى ما يقابله من النصوص فى هذه التقنينات الأربعة. وعندى أن التقنين البولونى يفضل فى مواضع كثيرة هذه التقنينات، إذ جمع مزاياها وتجنب عيوبها.

على أنه اقرب ما يكون الى التقنين السويسرى، فى وضوحه ودقته، وانقسامه الى فقرات غير طويلة، وتجنبه للتعريفات العلمية، وعدم استعماله مصطلحات فنية دقيقة.

وقد أخذ فى الموضوع بكثير من النظريات الجرمانية، فعنى باستقرار التعامل فى أخذه بالارادة الظاهرة وفى اشتراطه العلم بالغلط وفى الصورية وفى وفاء الالتزام. ولم يجعل تدخل القضاء ضروريا فى كثير من الفروض كطلب البطلان لعيب من عيوب الرضاء، وطلب الفسخ لعدم تنفيذ العقد، وطلب الفسخ للعيب الخ الخ. وجعل الارادة المنفردة مصدرا للالتزام. ولم يجعل للشرط أثرا رجعيا. واتخذ فكرة الخطأ أساسا للمسؤولية التقصيرية[1]، وعدد بالتفصيل قرائن الخطأ، وجعل التعسف فى استعمال الحق مبينا على فكرة المسؤولية التقصيرية. وقرر مسؤولية عديم التمييز الى قدر محدود، وأجاز حوالة الدين، وأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

هذه لمحة عن حركة التقنين منذ القرن التاسع عشر الى اليوم، يمكن أن نستخلص منها دروسا نافعة فى فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية وقد عرضت لنا فى خلال وصف هذه الحركة مناسبات ذكرنا فيها شيئا من ذلك. ونحيل الى القارىء على مقال لنا نشر فى السنة السادسة من مجلة القانون والاقتصاد (فى وجوب تنقيح التقنين المدنى المصرى) استعرضنا فيه القواعد العامة فى الصياغة التشريعية وصناعة التقنين.

وننتقل الآن الى القسم الثانى من هذا المقال، الخاص بالتقنين المدنى فى العراق.

التقنين المدنى فى العراق

لاشك فى حاجة العراق العاجلة الى اصلاح شامل فى قوانينه المدنية. فهو يشكو من نقصين كبيرين:

(**النقص الأول**): تشتت القوانين المدنية وانتشارها فى نواح مختلفة. فهناك مجلة الأحكام العدلية، وهى الأصل فى القوانين المدنية،

---

(١) أنظر فى موضوع المسئولية التقصيرية فى التقنين البولونى محاضرة للأستاذ هنرى مازو نشرت فى مجلة التشريع المقارن السنة الثالثة والستين سنة ١٩٣٤ ص ١٩٣ ـ ص ٢٢٣.

ولكنها لاتجمع كل هذه القوانين . بل هى أقرب الى أن تكون قانونا للعقود المدنية ، ولا أقول العقود والالتزامات ، فانها لا تتضمن نظرية عامة للالتزامات إذا استثنينا بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .
والى جانب مجلة الأحكام العدلية يوجد قانون الأراضى ، وهو قانون ورثه العراق عن الدولة العثمانية ، كما ورث مجلة الأحكام العدلية عنها ، وكما ورث قوانين أخرى مختلفة ، منها نظام الطابو ، وقانون التصرف بالأموال غير المنقولة ، وقانون تصرف الأشخاص الحكمية بالأموال غير المنقولة ، وقانون تقسيم الأموال المشتركة غير المنقولة ، ونظام ايجار العقار ، وقانون انتقالات الأموال غير المنقولة ، وقانون توسيع الانتقال ، وقانون انتقال المسقفات والمستغلات الموقوفة بالاجارتين ، وقانون وضع الأملاك غير المنقولة بصفة تأمينات الخ الخ . . . فإذا أضفنا الى كل ذلك قانون الأحوال الشخصية وأحكام الأوقاف ، وهذه تؤخذ من الشريعة الاسلامسة رأسا ، رأينا الى أى حد تتوزع القوانين المدنية بين جهات متفرقة ، وكيف تضطرب هذه القوانين وتتبلبل ، حتى يصبح الباحث عنها فى حيرة لايعرف هل استقصاها كلها ، أو هو فى حاجة الى التنقيب عن بقاياها فى بعض القوانين الأخرى ، كقانون المرافعات المدنية ، وقانون الاجراء وفيه نصوص عن حقوق الامتياز وأحكام مدنية أخرى .

(النقص الثانى) قدم العهد بهذه القوانين . فالمجلة هى احكام الشريعة الاسلامية مقصورة على أرجح الأقوال من المذهب الحنفى . وسائر القوانين هى قوانين تركية عتيقة ، ترجع الى عهود قديمة ، وقد دار الدهر وهى لاتزال جامدة . وقد أحسنت اللجنة المالية بمجلس النواب العراقى ، إذ كتبت فى تقريرها عن ميزانية سنة ١٩٣٥ ، بصدد هذه القوانين ما يأتى : «وبصدد القوانين الضرورية وسنها ، تود اللجنة أن تلفت نظر الحكومة الى ما جاء فى منهج الوزارة عن عزمها على سن القوانين التى تفتقر اليها البلاد أشد الافتقار ، سواء منها القوانين التى لا أثر لها عندنا الآن ، أو القوانين التى أصبحت باليه لقدم تشريعها وتبدل الازمان ، وحدوث كثير من التطورات فى أحوال مجتمعنا ، منها القانون المدنى وقانون التجارة وقانون الأراضى . فبعض هذه القوانين قد مضى على تشريعها نحو قرن كامل ، وقد تطورت الأوضاع المدنية والاجتماعية

والاقتصادية تطورا كبيرا ، بحيث أصبحت كثير من تلك الأحكام القانونية لاتنطبق على حاجات الناس ومعاملاتهم ومصالحهم . فلا مناص من أن تسرع الحكومة فى سن القوانين الجديدة التى تحل محل القوانين العتيقة منها ، على ضوء المبادىء الحديثة التى أوجدها التطور الاجتماعى ، وقضت بها ضرورات الحياة فى هذا العصر . وفى انجاز سن هذه القوانين تنفيذ للمنهج الوزارى من جهة ، وفيها خدمة للمجتمع العراقى تقضى بها الضرورة الماسة ».

فالعراق فى أشد حاجة الى تقنين مدنى شامل جامع ، يلم شمل ما انتثر من هذه الأحكام المدنية المتفرقة ، ويجارى تطور العصر الحاضر ونهضة العراق الحديثة .

بقى أن نعرف على أى أساس يقوم هذا التقنين ؟ يخطر فى البال مثل بلدين من بلاد الشرق ، مصر وتركيا . أما مصر ، فقد أخذت قوانينها المدنية فى النصف الأخير من القرن التاسع عشر عن التقنين الفرنسى المشهور كما رأينا ، بعد أن اختصرت هذا التقنين الى حد الاقتضاب ، وبعد أن ادخلت فيه بعض تعديلات غير جوهرية ، ولم تأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية - فيما عدا الأحوال الشخصية - الا فى النزر اليسير . وقد كانت مصر متطوعة فى النقل عن التقنين الفرنسى ، ولم يلجئها الى ذلك نفوذ سياسى كما هو الأمر فى تونس ومراكش ولبنان على النحو الذى رأيناه فيما تقدم . أما تركيا فقد اختصرت الطريق ، وأخذت التقنين السويسرى برمته ، ولم تشأ أن تعدل فيه شيئا ، وبذلك هجرت الشريعة الاسلامية ، ولم يبق لهذه الشريعة فيها من أثر .

هذان هما المثلان البارزان أمامنا ، فهل نستهدى بأى منهما ؟ لا نعتقد ذلك . وقد قدمنا ، عند التمهيد للموضوع الذى تناولناه فى هذا المقال ، أننا نرى أن يقوم التقنين العراقى الجديد على أسس تكون وثيقة الاتصال بالماضى . وقد آن أن نفصل ما أجملناه .

نرى أن يقوم التقنين العراقى الجديد على أسس من حيث الشكل والصياغة ، وعلى أسس أخرى من حيث المادة والموضوع .

أولا - الشكل والصياغة

أما من حيث الشكل والصياغة ، فالواجب أن نتعقب أحدث تطورات التقنين المدنى ، وأن نجارى ما وصل اليه فن التقنين من رقى . فان التقنينات المدنية قد تقدمت تقدما كبيرا فى صياغتها وفى ترتيبها وتنسيقها . وقد رأينا فى القسم الأول من هذا المقال أمثلة كثيرة على هذا التقدم . فعلينا أن نقتبس منها ما يأتى :

١ - التبويب : أصبح للتقنين المدنى تبويب منطقى ، يمكن تعقبه فى التقنينات الحديثة التى أوردناها . وخير تبويب يمكن استخلاصه من هذه التقنينات هو ذلك الذى يمهد بمقدمة تبسط فيها أحكام عامة تتعلق بتطبيق القانون بالنسبة للزمان وللمكان ، وبتفسير النصوص القانونية ووجوب استعانة القاضى بمبادىء العدالة فى ذلك وبالنظريات العامة التى تنبسط على جميع نواحى القانون كنظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية عدم جواز الاحتيال على القانون . ثم ينقسم التقنين بعد ذلك الى أقسام ثلاثة ، قسم لقانون الأسرة ، وآخر لقانون المعاملات ، وثالث لطرق اثبات الوقائع القانونية وشهر التصرفات . وقد جعلنا طرق الاثبات والشهر قسما مستقلا ، لأنها تتناول الحقوق الشخصية والحقوق العينية وتشمل قانون المعاملات وقانون الأسرة .

أما قانون الأسرة فيشتمل على كتب ثلاثة . يقرر الكتاب الأول منها أحكام الأشخاص ، ويتناول الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية ، وتتضمن الأشخاص المعنوية الجمعيات والمؤسسات (Fondations) ويقرر الكتاب الثانى أحكام الروابط الشخصية للأسرة ، فيتناول الزواج والنسب والوصاية . ويقرر الكتاب الثالث أحكام الروابط المالية للأسرة ، فيتناول الميراث والوصية والوقف .

وقانون المعاملات يتضمن كتبا ثلاثة . يخصص الكتاب الأول للأموال وما يترتب عليها من حقوق عينية أصلية وتبعية ، أى أن التأمينات العينية تدخل فى هذا الكتاب . ويخصص الكتاب الثانى للنظرية العامة للالتزامات . ويتناول الكتاب الثالث العقود المعينة .

وقانون الاثبات والشهر يجعل فى كتابين ، كتاب يقرر قواعد الاثبات فى قانون المعاملات وقانون الأسرة ، وآخر يقرر قواعد شهر التصرفات من تسجيل وقيد .

ب ـ صياغة نظرية عامة للالتزامات : ويتبين من التبويب المتقدم وجوب صياغة نظرية عامة للالتزامات . وهذه النظرية غير موجودة فى مجلة الأحكام العدلية ، إذ لم يعن واضعو المجلة بصياغتها ، مع أهميتها الكبيرة وضرورة وجودها فى كل تقنين . وقد أحسن صاحب مرشد الحيران كل الاحسان بصياغته لهذه النظرية ، مستخلصا اياها من أحكام الشريعة الاسلامية . فقد استطاع أن يجارى الفقه الحديث فى ترتيبه وتنسيقه من حيث الشكل ، متخذا مادته من الشريعة الاسلامية نفسها . فأمكنه بذلك أن يثبت عملا صلاحية الشريعة للصياغة التشريعية وللتطبيق العملى .

جـ ـ أساليب الصياغة التشريعية : لاشك فى أن أساليب الصياغة التشريعية قد ارتقت ارتقاء كبيرا فى العصور الحاضرة . ومن ينظر الى تقنينات العهود الغابرة وتشريعاتها ، وينظر الى نظائرها اليوم ، يجد البون شاسعا . بل أن من ينظر الى التقنين الفرنسى فى بدء القرن التاسع عشر والتقنين السويسرى فى بدء القرن العشرين ، أو التقنين البولونى الذى صدر منذ سنوات قليلة ، يقتنع أن فن التشريع والتقنين قد قطع مراحل شاسعة من الرقى والتقدم . فالتقنين العراقى الجديد يجب أن يستفيد من هذا التقدم ، واستفادته تكون أكبر خطرا بقدر ما للصياغة التشريعية فى القوانين المدنية الحالية للعراق من عيوب . وعيوبه كثيرة ، سواء نظرنا الى مجلة الأحكام العدلية ، أو نظرنا الى القوانين التركية العتيقة الأخرى .

أما الصياغة التشريعية للمجلة ، فلا ننكر أنه متقدمة بالنسبة لزمنها ، سواء فى أصلها التركى ، أو فى ترجمتها العربية[1] ولعل للفقه الإسلامى

---

(١) وندع شيئا من عدم الدقة فى الترجمة ، اخبرنا به احد علماء المجلة ممن يعرفون التركية .

الذى أخذت منه الفضل الأكبر فى ذلك . ولا نجد فضل واضعى المجلة ، فان عملهم ينم عن علم غزير بالفقه الاسلامى ، وقدرة واسعة على الصياغة التشريعية . ولا يبزهم فى ذلك ، على ما نرى ، الا المرحوم قدرى باشا ، فان كتبه المعروفة على درجة عالية من حسن الصياغة ودقة الأسلوب.

على أن هناك عيوبا فى صياغة المجلة ، لا نحاول هنا أن نحصيها ، بل نذكر بعض الأمثلة عليها . فمن عيوب الصياغة التشريعية فى المجلة أن أسلوبها فى بعض النصوص لايتفق مع أسلوب تشريعى رصين يقتصر على الأمر والنهى فى صيغة أحكام مقررة ، بل يكون أسلوبا تعليميا فقهيا أولى بلغة الفقه منه بلغة التشريع . وتزدحم الأمثلة إذا أردنا أن نورد شيئا منها ، فلنأت ببضعها حسبما يقع عليه نظرنا . خذ مثلا نص المادة ١٦٩ وهو : « الايجاب والقبول يكونان غالبا بصيغة الماضى ، كبعت واشتريت ، وأى لفظ من هذين ذكر أولا فهو ايجاب ، والثانى قبول ، فلو قال البائع بعت منك هذا المتاع بمائة قرش ، ثم قال المشترى اشتريت ، أو قال المشترى أولا اشتريت ، ثم قال البائع بعت ، انعقد البيع . ويكون لفظ بعت فى الاول ايجابا ، واشتريت قبولا ، وفى الثانية بالعكس . وينعقد البيع أيضا بكل لفظ ينبىء عن انشاء التمليك والتملك ، كقول البائع أعطيت أو ملكت ، وقول المشترى أخذت أو تملكت أو رضيت أو امثال ذلك » . الا نرى نص هذه المادة أقرب الى أن يكون قول فقيه يقرر قاعدة فقهية ، ويورد عليها الأمثلة التى توضحها ، حتى تستقر فى الذهن ، من أن يكون قول مشرع يأتى المعنى من أقرب سبيل واخصره ، ومهمة المشرع هى أن يضع قواعد عملية ، لا أن يبسط نظريات فقهية . وقد قيل : أن القانون وضع ليأمر ، ولم يوضع ليعلم ، وهو فى غير حاجة للاقناع »[١] . ولا نبعد عن النص المتقدم كثيرا ، بل ننتقل منه الى نص آخر قريب ، هو نص المادة ١٧٥ ، وهذا هو : « حيث أن المقصد الأصلى من الايجاب والقبول هو تراضى العاقدين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ويسمى هذا بيع التعاطى . مثال ذلك أن يعطى المشترى للخباز مقدارا من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقدارا من الخبز ، بدون تلفظ بايجاب وقبول ، أو أن يعطى المشترى الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ، وكذا إذا جاء

---

(١) La loi commande; ellen'est pas faite pour instruire; elle n'a pas besoin de convaincre.

رجل الى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير ، وقال بكم تبيع الحنطة ، فقال له البائع أعطيك اياها غدا ، ينعقد البيع أيضا ، وإن لم يجر بينهما الايجاب والقبول . وفى هذه الصورة أو ترقى سعر مد الحنطة فى الغد الى دينار ونصف ، يجبر البائع على اعطاء الحنطة بسعر المد بدينار ، وكذا بالعكس ، لو رخصت الحنطة وتدنى سعرها ، فالمشترى مجبر على قبولها بالثمن الأول . وكذا لو قال المشترى للقصاب زن لى بخمسة غروش لحما من هذا الجانب من هذه الشاة ، فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه اياه ، انعقد البيع ، وليس للمشترى الامتناع عن قبوله واخذه » ألا ترى ، إذا وقفت امام هذا النص ، أنك تسمع أستاذاً فى القانون يتبسط فى درسه ، وهو يلقيه على طلبة لا يزالون فى المرحلة الأولى من الدراسة القانونية ، فيورد الأمثلة تلو الأمثلة ، فى عبارة طويلة يكرر فيها المعانى ويسرف فى الألفاظ ، حتى يستوثق من أن الطلبة قد استوعبوا درسه ، وفهموا مدى القاعدة التى يشرحها ، لا أنك أمام نص تشريعى ، يورد فيه المشرع حكما قانونيا فى عبارة رصينة ، لاتزيد الفاظها على معانيها ، ولكل لفظ غرض ، فيختل المعنى إذا حذف ولا ينهض عذراً على ركاكه هذا الأسلوب التشريعى أن المجلة وضعت وضعت لحكام « لا اطلاع لهم على مسائل علم الفقه » كما يقول التقرير المقدم للمرحوم عالى باشا الصدر الأعظم ، فأكثر واضعوها من ايراد الأمثلة والاسهاب فيها ، فقد كان يغنى عن ذلك أن توضع مذكرة ايضاحية (أسباب موجبة) الى جانب نصوص مختصرة رصينة - ومن عيوب الصياغة التشريعية فى المجلة أيضا الاكثار من التعاريف الفقهية ، وهى منتثرة فى كل نواحى المجلة . ومن عيوبها كذلك السذاجة فى الأسلوب ، وعدم تمشى المنطق السليم فى ترتيب أبوابها .

على أن هذه العيوب وغيرها مجتمعة لاتعد شيئا الى جانب عيوب القوانين التركية العتيقة ، كقانون الأراضى وغيره من القوانين التى أشرنا اليها فيما تقدم . ويكفى أن نقرأ أى نص من نصوص هذه القوانين ، لتدرك قدر السذاجة التى اشتملت عليها ، وقدر الركاكة فى الأسلوب التى انحطت اليه ، وقدر عدم الدقة فى التعبير وفى المصطلحات القانونية . ولا نخص بالذكر نصا دون آخر فكل النصوص سواسية فى هذا الميدان .

فإذا وضعنا الى جانب هذه الركاكة والضعف فى الصياغة التشريعية ما وصلت اليه الأساليب الحديثة فى التشريع من الرقى والدقة ، كما نرى

فى التقنين السويسرى والتقنين البولونى مثلا ، ادركنا أن التقنين العراقى الجديد يستفيد فائدة جليلة فى الصياغة التشريعية ، إذا سار فى طريق هذه التقنينات ، وجاراها فى حسن صياغتها ودقة تعبيرها .

ثانيا ـ المادة والموضوع

على أننا لانريد بتقليد التقنينات الحديثة أن نذهب فى ذلك الى مدى أبعد مما ينبغى . وإذا كنا نقول بالاستفادة دون تحفظ من التقنينات الغربية فمن ناحية الشكل والصياغة ، ففى المادة والموضوع نتحفظ كثيرا فى هذا القول . وقد قدمنا أن الشريعة الاسلامية يجب أن تكون أساسا للتقنين المدنى العراقى الجديد .

ولما صدر قرار وزارة العدلية بتشكيل لجنة من رجال القانن لوضع (لائحة) للتقنين المدنى الجديد ، كان من حسن التوفيق أن وافقت هذه اللجنة على قرار باتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا لهذا التقنين[1] .

---

(١) نسجل هنا المبادىء التى قررت لجنة التقنين المدنى العراقى اتباعها فى وضع هذا التقنين ، ونضع إلى جانبها الكتاب الذى رفعه وزير الحقانية فى مصر إلى رئيس الحكومة المصرية بشأن تأليف لجنتين لتعديل القوانين المصرية . والوثيقتان تستحقان التسجيل .

اما المبادىء التى اقرتها لجنة التقنين المدنى العراقى فهى :

(أولاً) تكون مجلة الاحكام العدلية اساسا للقانون المدنى الجديد ، ولا يجوز العدول عنها إلى غيرها من القوانين المدنية لسببين : (١) ان خير قانون يوضع لبلد هو القانون الذى يألفه هذا البلد ، ويتفق مع مزاجه وينشأ فى تربته ، ويستقر عليه التعامل . وقد ترعرع الفقه الاسلامى فى العراق ، واستقر فيه دهورا طويلة . (٢) لا يقل الفقه الاسلامى ، من حيث رقى المبادىء ، وسمو المنطق القانونى ، عن اعظم النظم القانونية تقدما . وهو قابل للتحوير بحيث يتمشى مع أحدث النظريات القانونية . وما دام لنا هذا التراث العظيم ، فمن السفه أن نبدده ، ثم نلتمس ما فى ايدى الغير .

(ثانيا) ان فى مجلة الاحكام العدلية أبوابا نسخت أحكامها بقوانين جديدة ، فيجب حذف المنسوخ واضافة الناسخ .

(ثالثا) هناكأحكام قانونية منتثرة ، تدخل فى دائرة القانون المدنى ، كقانون الأراضى ، وقانون انتقال الاموال غير المنقولة ، فهذه يجب جمعها وضمها إلى المجلة . =

= (رابعا) متى حصلت لنا صورة صحيحة من القانون المعمول به فعلا ننظر فى امرين: (١) ترتيب هذا القانون ترتيبا علميا، كأن يجعل كتاب للاموال بأنواعها المختلفة والحقوق العينية، وكتاب ثان لنظرية الالتزامات والعقود المعينة، وكتاب ثالث للتامينات، وكتاب رابع لطرق الاثبات وشهر التصرفات - (٢) تعديل ما اظهرت الحاجة والتجارب وجوب تعديله من هذه الاحكام المدنية المجمعة المرتبة، ويكون ذلك بالرجوع إلى المصادر الآتية: (أ) الآراء الأخرى فى المذهب الحنفى، وكذلك سائر المذاهب الفقهية الاسلامية من غير تقيد بمذهب خاص، أو برأى فى مذهب. (ب) القضاء العراقى المتمشى مع الحاجة، ولا سيما التطبيق القضائى للمادة ٦٤ من قانون اصول المرافعات. (جـ) التشريعات والقوانين الأجنبية، فيقتبس منها ما يصلح اقتباسه من المبادىء الحديثة، مما تقتضيه ضرورة التعامل، ويتمشى مع تقاليد البلاد.

وهذا هو نص الكتاب الذى رفعه وزير الحقانية فى مصر إلى رئيس الحكومة المصرية: اتشرف بأن ابدى لدولتكم أن القوانين المدنية والتجارية وقوانين المرافعات المدنية والاجراءات الجنائية التى وضعت للمحاكم المختلطة والأهلية منذ تنظيمها، أى منذ سنة ١٨٧٣ وسنة ١٨٨٣، قد اضحت، بالرغم مما ادخل عليها من التعديلات المختلفة، بحاجة شديدة إلى اعادة النظر كاملة، فإن العلوم القانونية والاصول التشريعية قد خطت منذ أوائل هذا القرن خطوات واسعة فى سبيل الضبط والاحكام وحسن معالجة الصور التى تطورت إليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية، ويجب على مصر، مع ما أخذت به من أسباب التقدم والرقى، الا تتخلف عن البلاد الاخرى فى هذه المضمار.

ومن جانب آخر فإن تجارب الحياة منذ وضع تلك القوانين لمصر قد كشف فيها عن عيوب وعن وجوه اصلاح تدارك الشارع بعضها، ويجب أن يتدارك البعض الآخر، من مراعاة التناسق بين ما افادته تلك التجارب وبين الاسس الجديدة التى يجب ان تبنى عليها تلك القوانين عند إعادة النظر فيها.

واخيرا فإنه لم يعد محل لازدواج التشريع فى مصر بين اهلى ومختلط، ويجب أن يوحد التشريع، حتى إذا اصبح القضاء واحدا، لم يكن ثمت أية صعوبة فى الانتقال من الحال القديم إلى الحال الجديد.

ولما كان حضرات المستشارين الملكيين الذين أدوا خدمات جليلة للتشريع مرهقين بالاعمال، إذ انهم فضلا عن اشتراكهم فى اللجنة التشريعية فإن لديهم من المهام الاخرى ما يشغل وقتهم ويستنفذ مجهودهم.

لذلك نرى أن يكلف سته من كبار المشتغلين بالقانون ممن خدموا القضاء أو تدريس القانون او كان لهم عمل فى شؤون التشريع، بالقيام بتعديل القانونين المدنى والتجارى وقانون المرافعات المدنية والتجارية فى مدى عامين على الأكثر ... وان تكلف لجنة أخرى من ثلاثة للقيام بمثل ذلك العمل بالنسبة لقانون العقوبات وتحقيق الجنايات.

ولما كان هذا القرار خطيراً ، وهو يؤذن بعهد جديد للفقه الاسلامى ، يجارى فيه الزمن ، ويساير التطور ، كان من الواجب أن نقف عنده حتى نتمعن فى مراميه .

فأول أثر لهذا القرار أنه يرد لهذه الشريعة السمحاء مكانتها بعد أن كادت تضيع . فقد رأينا أن البلاد الشرقية التى راجعت تقنيناتها المدنية عدلت عن الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، وبقيت القاعدة مضطردة من النصف الثانى للقرن التاسع عشر الى الوقت الحاضر . فمصر تلتها تونس ومراكش وتركيا ولبنان ، وكل هذه بلاد شرقية كانت تطبق الشريعة الاسلامية ، ثم أعادت النظر فى تقنيناتها ، فقلبتها رأسا على عقب ، إما باختيارها أو تحت تأثير نفوذ سياسى ، وهجرت الشريعة الاسلامية الى القوانين الغربية ، أما العراق فهو أول بلد عربى اعتز بتراث أجداده ، وحرص عليه من الضياع ، ولم يشأ وهو يراجع قوانينه المدنية أن يفرط فى هذا الذخر العظيم . ولاشك فى أن موقف العراق من الشريعة الاسلامية ستكون له درجة كبيرة فى سائر الاقطار الاسلامية ، وبخاصة الاقطار العربية . فالعراق يرفع صوته عاليا بأن الشريعة الاسلامية لا تزال نظاما قانونيا حيا صالحا للتطبيق ، وانه لا يعدل عن هذا النظام إلى سواه . وإذا صحت دعواة ونهضت حجته ، فليس لسائر الاقطار العربية إلا ان تقتفى أثر العراق ، وقد رسم الطريق لكل هؤلاء وآذنهم بعهد جديد .

بقى ان نعرف هل تصح دعوى العراق وتنهض حجته ؟ هل يجوز حقا ان يقال ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق ؟ وإذا جاز ذلك ، فعلى اى وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية ؟ هذان هما السؤالان اللذان نختتم بالاجابة عليهما هذا المقال .

أولا - الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق

اما ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة صالحة للتطبيق ، فلا أتردد فى تأكيد ذلك . ولا اقول هذا القول جزافا ، وانما اقدر تبعة ما اقول .

ولا اريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب ، كالفقيه الالمانى كوهلر (Kohler) والاستاذ الايطالى دالفيشيو (Del veechio) والعميد الامريكى ويجمور (Wigmorc) ، وكثيرين غيرهم ، يشهدون بما

انطوت عليه الشريعة الاسلامية من مرونة وقابلية للتطور ، ويضعونها الى جانب القانون الرومانى والقانون الانجليزى ، احدى الشرائع الاساسية الثلاث التى سادت ولا تزال تسود العالم . وقد اشار الاستاذ لامبير (Lambert) الفقيه الفرنسى المعروف فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى انعقد فى مدينة لاهاى فى سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الاسلامية ، الذى بدأ يسود بين فقهاء اوروبا وامريكا فى العصر الحاضر(*) .

ولكنى ارجع للشريعة نفسها ، لا ثبت صحة ما قررته . ففى هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة ، فاحسنت صياغتها ، لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل فى الرقى وفى الشمول وفى مسايرة التطور عن اخطر النظريات الفقهية التى نتلقاها اليوم عن الفقه الغربى الحديث . وآتى بامثلة أربعة ، اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام : يدرك كل مطلع على فقه الغرب ان من احدث نظرياته فى القرن العشرين نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة ، ومسئولية عديم التمييز . ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس فى الشريعة الاسلامية لا يحتاج الا للصياغة والبناء ، ليقوم على اركان قوية ، ويسامت نظرية الفقه الحديث .

اما نظرية التعسف فى استعمال الحق (Théorie de l'abus des droits) فهى فى الشريعة الاسلامية أكثر تقدما منها فى كثير من القوانين الغربية ولا تقتصر هذه النظرية فى الشريعة الاسلامية على المعيار الشخصى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل تضم إليه معيارا ماديا ، وتقيد كل حق بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى قرر من اجله . ومن أهم تطبيقا النظرية فى الشريعة الاسلامية حقوق الجوار ، ونوردها هنا كما لخصها صاحب مرشد الحيران : (م ٥٧) للمالك ان يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا (م ٥٩) : الضرر الفاحش

(*) انظر مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد الخامس القسم الافرنجى ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ .

ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه ، أو يمنع الحوائج الاصلية اى المنافع المقصودة من البناء . واما ما يمنع المنافع التى ليست من الاصلية فليس بضرر فاحش . (م ٦٠) يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا . (م ٦١) سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ لاحد احداث بنا يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه . وان فعل ذلك فللجار ان يكلفه رفع البناء دفعا للضرر . (م ٦٢) رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا ، فلا يسوغ أحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره . وأن احدث ذلك يؤمر برفع الضرر ، أما بسد الشباك أو ببناء ساتر ، فان كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان ، فليس للجار طلب سده . (م ٦٣) أن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ، ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر من المبادىء فى حقوق الجوار .

ونظرية الظروف الطارئة (Théorié de l'imprévision) نظرية حديثة ، أخذ بها القضاء فى فرنسا ، وخفف بها من جمود نظرية القوة القاهرة ، فعنده ان الالتزام إذا اصبح مرهقا للمدين ، بسبب ظروف طارئة لم يحسب لها حسابا وقت التقاعد ، فان هذا يسوغ له ان يطلب التخفف من التزامه . فالتزام المدين لم ينقص باستحالة التنفيذ لان التنفيذ لا يزال ممكنا ، وانما خفف لأنه أصبح مرهقا عسيرا . وفى الشريعة الاسلامية نظرية الضرورة ، وهى نظرية فسيحة المدى ، خصبة النتائج ، تتسع لنظرية الظروف الطارئة . ومن أهم تطبيقاتها مبدأ العذر لفسخ الايجار . ويتلخص هذا المبدأ فى ان عقد الايجار ينفسخ للعذر الطارىء ، واليك بعض ما ذكره رجال الفقه الاسلامى فى هذا الصدد : «عقد الايجار ينفسخ للعذر الطارىء ، وذلك لان الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر ، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ فى الحقيقة إمتناعا من التزام الضرر» (البدائع ٤ ص ١٩٧) . والعذر إما ان يرجع للعين المؤجرة ، كمن استأجر حماما فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الاجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . واما ان يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا

من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة ، وكذلك لو اشترى شيئا فأجره ، ثم اطلع على عيب به ، له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ - الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ - ص ٤٦٣) . واما ان يرجع العذر للمستأجر ، نحو ان يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفرا ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الاجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعا ، تنتقض الاجارة من غير نقض ، كما لو استأجر انسانا لقطع يده عند وقوع الاكلة أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الاكنة وتزال الوجع ، تنتقض الاجارة الفتاوى الهندية ٤ ص ٥٥٨ . ابن عابدين ٥ ص ٧٦) . وقد وضع للعذر عيار مرن ، فقال ابن عابدين (٥ ص ٧٦) : « والحاصل ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » .

ونظرية تحمل التبعة (Théorie des risques) تتلخص فى ان المعيار المادى قد تمشى فى المسؤولية التقصيرية إلى حد ان قيل بحذف ركن الخطأ ، وجعل الغرم بالغنم . فمن تسبب بنشاطه الاقتصادى الذى يستفيد منه فى احداث ضرر ، وجب ان يتحمل غرم هذا النشاط ، كما استفاد من غنمه ، حتى لو نشأ الضرر عن حادثة فجائية لا يد له فيها . وللنظرية مستند فى الشريعة الاسلامية ، فمن مبادئها الغرم بالغنم ، ومن أحكامها ان الاتلاف المباشر لا يشترط فيه التعمد أو التعدى ، فإذا زلق أحد وسقط ، فاتلف مال آخر ضمنه ، ولو كان قد زلق رغما عنه ، لان الاتلاف هنا حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وان لم يتعمد (مجمع الضمانات ص ١٤٦) . ولو ان دابة يركبها انسان داست شيئا بيدها واتلفته ، يعد الراكب أنه اتلف ذلك الشىء مباشرة فيضمن فى كل حال (اى دون تعمد أو تعد ، وبعبارة أخرى دون خطأ) . ومثل الراكب القائد والسائق (شرح المجلة لسليم باز ص ٥٠٨ وما بعدها) . فلو وضعنا إلى جانب الدواب السيارات والمركبات البخارية والكهربائية والطيارات ونحوها ، وهذا ما استحدثته المدنية الحاضرة ، خلصنا من الشريعة الاسلامية بحكم يقرر مبدأ تحمل التبعة فى حوادث النقل .

ومسوؤلية عديم التمييز (Responsabilité incapables de personnes de discernement) تطورت تطورا خطيرا من القوانين اللاتينية الى القوانين الجرمانية . فالقوانين اللاتينية تتطلب فى المسوؤلية التقصيرية الخطأ وترتب على ذلك ان الصبى غير المميز والمجنون لا يكونان مسوؤلين لان الخطأ لا يتصور صدوره منهما . ولكن القوانين الجرمانية عدلت هذا المعيار النفسى ، واوجبت مسوؤلية عديم التمييز الى قدر محدود وحجتها فى ذلك أن الروابط المدنية غير الروابط الجنائية ، واذا كان مفهوم الا يعاقب شخص الا إذا توافرت عنده الارادة ، لان هذه الارادة هى التى تبرر المسوؤلية الجنائية ، فليس بمفهوم ان شخصا يتسبب فى الحاق ضرر بمال شخص آخر ، ولا يعوض هذا الضررر ، بدعوى ان الارادة تنقصه ، اذ الروابط المدنية انما توجد بين مال ومال ، لا بين شخص وشخص ، فالمنطق يقضى بوجوب التعويض متى وجد الضرر ، وان تبنى المسوؤلية المدنية على فكرة السببية لا على فكرة الخطأ . وقد نصت المادة ٨٢٩ من التقنين الالمانى على ان عديم التمييز يلزم بتعويض الضرر الذى احدثه للغير ، إذا لم يمكن الحصول على هذا التعويض من شخص مسوؤل عنه ، وبشرط الا يتسبب عن دفعه التعويض حرمانه من الموارد الضرورية لعيشه . وتنص المادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى على أنه يجوز للقاضى ، اذا اقتضت العدالة ، ان يلزم شخصا عديم التمييز بتعويض الضرر الذى احدثه كله أو بعضه . وتقضى المادة ٧٦ من المشروع الفرنسى الايطالى بأنه يجوز للقاضى أن يحكم بتعويض عادل على شخص عديم التمييز عن الضرر الذى يصيب به الغير . وتنص المادة ٤٠٦ من التقنين السوفييتى على أنه يجوز الحكم بتعويض على عديم التمييز ، بعد الموازنة بين يساره ويسار المصاب . وتقضى المادة ٢٩ من التقنين البولونى بجواز الحكم بتعويض على عديم التمييز طبقا للظروف . هذه هى نصوص التقنينات الغربية . اما نصوص الشريعة الاسلامية فهى ابعد مدى ، واشد توغلا فى الأخذ بمسوؤلية عديم التمييز . وهى تقرر ان الصبى اذا أتلف مال غيره يلزمه الضمان من ماله ولو كان غير مميز ، لأنه وان كان محجورا فى الاصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية ، إلا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذى نشأ عن فعله ، وان لم يكن له مال ينظر إلى حين الميسرة (مجمع الضمانات ص ١٤٦) ، حتى أن طفلا يوم ولد ، لو انقلب

على مال انسان فأتلفه ، يلزمه الضمان ، وكذلك المجنون الذى لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان (شرح المجلة لسليم باز ص ٥٣٤ نقلا عن الهندية) .

أبعد ذلك نشك فى ان الشريعة الاسلامية ، حتى فى حالتها الراهنة ، لا تشتمل على العناصر التى تؤهلها للحياة والتطور . فما بالنا لو فتحنا باب الاجتهاد من جديد واستفدنا من أكثر المصادر مرونة فى الشريعة الاسلامية وهو مصدر الاجماع(*) ، فسرنا بالشريعة الاسلامية كما سار بها اجدادنا اشواطا بعيدة ، واعدنا لها جدتها ، وابرزناها فى ثوب قشيب ؟

ثانيا- على اى وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية

وهذا هو السؤال الثانى والأخير . وقد قدمنا ان التقنين العراقى الجديد يجب ان يقوم على اساس الشريعة الاسلامية ، ولكن على ان تكون هناك أسباب اتصال ما بين الشريعة الاسلامية واحدث القوانين . والخطة المثلى فى نظرنا هى ان يعمد واضع التقنين الجديد الى التقنينات الغربية ، فيختار احدثها وأكثرها اتقانا ، ويصوغ من كل ذلك نموذجا لخير تشريع يراه ، دون نظر إلى بلد معين أو إلى تقاليد معينة . ثم يقرب هذا النموذج من أحكام الشريعة الاسلامية فى مذاهبها المختلفة ، وفى مختلف الأقوال من كل مذهب . وهو لا بد مستطيع ان يخرج أكثر أحكام نموذجه على قول أو آخر فى مذهب من مذاهب الفقه الاسلامى . وبذلك يظفر لأكثر الأحكام التى اختارها بمستند فى الشريعة الاسلامية يجعله هو الأصل للحكم الذى اختاره . اما بقية الأحكام التى تعدم مستندا صريحا فى نصوص الشريعة الاسلامية ، وهى ولا شك قليلة ، فاذا لم تتفق مع حالة العراق وظروفها وتقاليدها القضائية ، عدل عنها إلى أحكام أخرى مناسبة للبيئة ، والا فعليه ان يتأول لها وينظر فى تخريجها ، حتى توافق قولا فى مذهب .

(*) انظر فى الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية . واهميته الكبيرة باعتباره مفتاحا لتطور هذه الشريعة . ومراحلة المتعاقبة من اتفاق لا شعورى الى اتفاق شعورى الى اتفاق مدبر . وجواز أن يكون أساسا للتشريع فى الدولة الاسلامية . إلى كتاب لنا وضعناه باللغة الفرنسية عنوانه (الخلافة وتطورها لتصبح عصبة امم شرقية . باريس سنة ١٩٢٦ ص ٦ . ص ١٦)

ولا يعترض على هذا الرأى بان الأخذ به لا يختلف كثيرا عن الأخذ باحكام التقنينات الغربية، فما دمنا سننتهى إلى الأخذ بالنموذج الذى اخترناه من احدث التقنينات الغربية، فلنأخذ به من الآن، ولا حاجة للرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية. مثل هذا الاعتراض لا يقوم، فهناك فرق جوهرى بين أن نجعل مصدر الأحكام الصالحة التقنينات الغربية، قطعنا كل صلة بالقديم، وبدأنا حياة قانونية جديدة، نكون فيها عالة على فقه الغرب وجهوده، نأخذ منه ولا نعطيه. اما فى الحالة الثانية فنكون قد احتفظنا بصلة الماضى، وجعلنا من هذه الصلة أساس يقوم عليه المستقبل، واحتفظنا باستقلالنا القانونى، فلا نكون عالة على فقه الغرب، وفى الوقت ذاته نكون قد استفدنا من هذا الفقه إلى أبعد مدى، إذ تصبح الأحكام التى اخترناها وخرجناها على أحكام الشريعة الاسلامية متفقة مع احدث الأحكام القانونية الغربية وارقاها. وإذا كنا تركنا الغير يأخذ بيدنا فى حلبة السباق إلى حيث يوجد السابقون، فانا بعد ان ندركهم يجب ان نجرى على قدمينا، ونكون معهم جنبا إلى جنب فى هذا الميدان. فنجعل الشريعة الاسلامية عمدتنا فى تفسير النصوص، ما دمنا قد جعلنا هذه الشريعة هى مصدر الأحكام التى اخترناها. وبذلك نقيم للشريعة الاسلامية ركنا جديدا من تطبيق القضاء واجتهاد الفقهاء، فتعود شريعة متطورة، تقوم بقسطها من العمل فى تدعيم اركان القانون المقارن فى عالم الفقه القانونى[١]

---

(١) وهذا هو المعنى الذى قصدنا إليه. عندما كتبنا فى الكلمة الافتتاحية من كتابنا فى الالتزامات ما يأتى: هذه هى الشريعة الاسلامية. لو وطئت اكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا. ثم لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد، فنضىء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية فى القانون.

التعاون الثقافى والتشريعى

ما بين البلاد العربية(١)

لحضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الرازق أحمد السنهورى باشا

وزير الدولة

رئيس اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية

يسرنى أن البى دعوة الجمعية المصرية للقانون الدولى، فأعد كلمة عن التعاون الثقافى والتشريعى ما بين البلاد العربية. فأبدأ بما كان عليه أمر هذا التعاون قبل انشاء الجامعة العربية، ثم بما ورد فى ميثاق الجامعة من نصوص فى ذلك، ثم استعرض وجوه التعاون التى اشتملت عليها المعاهدة الثقافية، واختتم كلمتى ببيان ما اتخذته اللجنة الثقافية بجامعة الدول العربية من قرارات للمضى بالتعاون الى غاياته المنشودة.

١ - التعاون الثقافى قبل انشاء الجامعة العربية

من الحق أن تقرر أن التعاون الثقافى ما بين البلاد العربية كان موجوداً قبل وجود الجامعة. وإذا كانت الجامعة قد تولت توجيهه وزادت فى نشاطه، فإنها لم تخلقه من العدم. ذلك أن النهضة الفكرية فى العالم العربى وهى الأصل فى التعاون الثقافى قد قامت قبل قيام الجامعة بوقت طويل. ففى خلال القرن التاسع عشر بدأ العالم الاسلامى بوجه عام، والعالم العربى بوجه خاص، يستيقظ من نوم عميق وتجلى ذلك بوضوح فى نهضة فكرية شملت الأقطار العربية. واتصلت هذه النهضة بالحركة

---

(١) القيت هذه المحاضرة فى المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الدولى بتاريخ ٢٤ مايو سنة ١٩٤٦.

الفكرية فى الغرب فقويت واشتدت . وبدا اثرها بوجه خاص فى جهود متواصلة بذلها رجال العلم من العرب والمستشرقين فى إحياء التراث الاسلامى القديم ، وفى نهضة مباركة فى اللغة العربية نفسها تناولت الألفاظ والأساليب والقواعد والأدب والكتابة .

وقد بدأت النهضة فى أول أمرها تتخذ طابعاً اسلامياً . وقاد حركة الجامعة الاسلامية جمال الدين الأفغانى . ثم ما لبثت هذه الحركة الاسلامية أن اتجهت اتجاهاً عربياً ، فتحررت شيئاً فشيئاً من الفكرة الدينية ، لتتمخض فكرة عربية خالصة . وظهر ذلك بوضوح عقب الحرب العالمية الأولى التى قضت على الامبراطورية العثمانية والخلافة الاسلامية .

وقد كان فى تحول النهضة من الاتجاه الاسلامى الى الاتجاه العربى ما جعلها شيئاً قابلاً للتنفيذ . فان الفكرة الاسلامية ، على متانتها وصلابتها ، فكرة واسعة ، تنظم أمماً وشعوباً تختلف فى الجنس واللغة والعادات والتقاليد ، وتخضع لظروف تكون أوسع متباينة . أما الفكرة العربية فهى اضيق نطاقاً واشد تركزاً ، ومن ثم تكون أوسع نشاطاً وأكبر انتاجاً . وإذا كانت الفكرة الاسلامية تقوم على وحدة الدين ، فان الفكرة العربية تقوم على وحدة اللغة والجنس والتاريخ والعادات دون أن يفقد الدين قيمته كعامل اجتماعى خطير .

ويجدر بنا ان نذكر هنا أن مصر بقيت بعيدة عن الفكرة العربية فى دورها الأول عندما كانت هذه الفكرة تستغل كمعول لهدم الامبراطورية العثمانية فى أواخر القرن التاسع عشر . ويرجع السبب فى ذلك الى أن سياسة مصر الوطنية كانت فى ذلك الحين قائمة على التعلق بأهداب الخلافة كوسيلة للتخلص من الاحتلال البريطانى . أما البلاد العربية الأخرى التى كانت الاتراك تحكمها حكماً مباشراً ، فانها كانت تسعى للتخلص من هذا الحكم عن طريق الاستمساك بالفكرة العربية . فلما انتهت الحرب العالمية الأولى بتحرير البلاد العربية تحريراً جزئياً اعتبر ذلك فوزاً للفكرة العربية . أما مصر فقد اندلعت نار الثورة فيها لا على أساس الفكرة الاسلامية ولا على أساس الفكرة العربية ، بل على أساس القومية المصرية . فابتعدت عن الفكرة الاسلامية ، ولم تقترب من الفكرة العربية إلا قليلا

وبالقدر الذى لا يتعارض مع فكرة القومية المصرية . وبقيت كذلك وقتاً طويلاً. الى أن سوت مشاكلها مع بريطانيا تسوية جزئية بمعاهدة سنة ١٩٣٦ . عند ذلك بدأت تلتفت للفكرة العربية وتوليها عناية كبيرة . وكان لذلك مظهران ، المظهر الأول عنايتها بقضية فلسطين حيث تولت زعامة الحركة التى انتهت الى الكتاب الابيض فى سنة ١٩٣٩ . والمظهر الثانى فتحها الباب واسعاً للتعاون الثقافى مع سائر البلاد العربية ، حيث بدأت توفد الأساتذة والمدرسين الى العراق وسورية ولبنان وفلسطين والحجاز والكويت وعدن ومراكش عن طريق الانتداب والاعارة . وسارت فى ذلك شوطاً بعيداً . ولم يخفف من نشاطها فيه ما تحملته من تكاليف مالية . وبدأت البلاد العربية من طريق آخر توفد بعثات من الطلبة يتعلمون فى جامعات مصر ومعاهدها المختلفة ، وكان العهد بهذه البلاد قبل ذلك أن تقتصر فى بعوثها على الجامعة الأزهرية .

٢ - التعاون الثقافى فى نصوص ميثاق جامعة الدول العربيــة :

لذلك كان الجو مهيئاً فى مصر للتعاون الثقافى عندما نبتت فكرة الجامعة العربية . ولق قامت هذه الجامعة ، كغيرها من الجامعات الكبرى فى التاريخ ، على عوامل داخلية طبيعية وعوامل خارجية مصطنعة . على أن الضمان الحقيقى لتكوين الوحدة العربية هو فى العوامل الطبيعية لا فى العوامل المصطنعة . وارتكاز الجامعة على الشعور العام فى الشعوب اشد وأقوى من ارتكازها على الدوافع السياسية المؤقتة التى تقود الحكومات . من أجل ذلك كان التعاون الثقافى الشعبى ، اقوى وأصلب من التعاون السياسى الذى تقوم به الحكومات . ومتى جنت البلاد العربية ثمار تعاونها فى الميادين الثقافية والاقتصادية ، واستكملت ما ينبغى أن تستكمله فى هذه النواحى ، كان هذا دعامة قوية يرتكز عليها فى المستقبل المجهود السياسى المنتج .

وقد آن أن نلقى نظرة على ميثاق الجامعة العربية لنستعرض النصوص الخاصة بالتعاون الثقافى .

جاء في المادة الثانية من الميثاق ما يأتي :« الغرض من الجامعة توثيق الصلات بين الدول المشتركة فيها ، وتنسيق خططها السياسية ، تحقيقاً للتعاون بينها ، وصيانة لاستقلالها وسيادتها ، والنظر بصفة عامة في شؤون البلاد العربية ومصالحها . كذلك من أغراضها تعاون الدول المشتركة فيها تعاوناً وثيقاً ، بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها ، في الشؤون الآتية :

(أ) الشؤون الاقتصادية والمالية ويدخل في ذلك التبادل التجاري والجمارك والعملة وأمور الزراعة والصناعة .

(ب) شؤون المواصلات ويدخل في ذلك السكك الحديدية والطرق والطيران والملاحة والبرق والبريد .

(ج) شؤون الثقافة .

(د) شؤون الجنسية والجوازات والتأشيرات وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين .

(هـ) الشؤون الاجتماعية .

(و) الشؤون الصحية » .

وجاء في المادة الرابعة من الميثاق ما يأتي : « تؤلف لكل من الشؤون المبينة في المادة الثانية لجنة خاصة تمثل فيها الدول المشتركة في الجامعة . وتتولى هذه اللجان وضع قواعد التعاون ومداه وصياغتها في شكل مشروعات اتفاقات تعرض على المجلس للنظر فيها تمهيدا لعرضها على الدول المذكورة . ويجوز أن يشترك في اللجان المتقدم ذكرها أعضاء يمثلون البلاد العربية الأخرى . ويحدد المجلس الأحوال التي يجوز فيها اشتراك أولئك الممثلين وقواعد التمثيل » .

ويتبين من هذه النصوص أنه إذا كان مجلس الجامعة هو الهيئة العامة التي تقوم على تحقيق أغراض الجامعة في جميع الشؤون السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية والصحية ، الا أن هذا المجلس بحكم تكوينه يتخصص شيئاً فشيئاً للشؤون السياسية . أما الشؤون الأخرى فقد نص الميثاق كما رأينا على أن تؤلف لها لجان تضع قواعد التعاون ومداه ، وتصوغها في شكل مشروعات اتفاقات تعرض على مجلس الجامعة للنظر فيها تمهيداً لعرضها على الدول العربية .

وفى المدة القصيرة وهى مدة لاتجاوز بضعة أشهر التى عملت فيها اللجنة الثقافية ، تبين بوضوح أن تطور اللجان يسير فى الاتجاهات الآتية :

اولا : أصبحت هذه اللجان لجاناً دائمة لا لجاناً وقتية . فهى لا تقوم بمهمة معينة ثم تنفض ، بل هى لجان تقوم بصفة دائمة على تحقيق أغراض التعاون ، كل لجنة فى حدود اختصاصها . وقد تقرر فى النظام الداخلى لهذه اللجان أن مجلس الجامعة هو الذى يعين رئيس كل لجنة ، وفى هذا ضمان جدى لاستقرار العمل .

ثانيا : ترتب على أن هذه اللجان دائمة أن اتصلت كل لجنة بالقسم الادارى المقابل لها فى أمانة الجامعة اتصالاً ادارياً وثيقاً ، حتى ليمكن القول بأن كل لجنة وعلى رأسها رجل فنى يعينه مجلس الجامعة ويعاونه عدد من الفنيين فى أمانة الجامعة ، قد أصبحت نواة لادارة عامة مركزية تمتد دائرة عملها الى جميع البلاد العربية ، وأن هذه الادارة ستتدرج فى النمو والاتساع والشمول والقوة حتى تصبح على الزمن هى الادارة المركزية الرئيسية لجميع البلاد العربية فى الشؤون التى تخصص فيها .

ثالثاً : لا تقتصر هذه اللجان على تمثيل دول الجامعة ، بل يجاوز تمثيلها الدول الى غيرها من البلاد العربية الأخرى . وفى هذا اتساع الى مدى بعيد لدائرة نشاط اللجان ، وتهيئة للبلاد العربية التى لم تتح لها الظروف حتى اليوم الاندماج فى الجامعة أن تعتبر نفسها جزءاً من هذه المجموعة العربية الكبرى التى تمتد من الخليج الفارسى الى المحيط الاطلسى . وقد انضم فعلا للجنة الثقافية فى دورتها الاخيرة ممثل رسمى للريف المراكشى ومستمع غير رسمى عن تونس .

٣ - المعاهدة الثقافية

يمكن القول بوجه عام أن دستور التعاون الثقافى والتشريعى ما بين البلاد العربية مسطور فى المعاهدة الثقافية التى أعدتها لجنة شؤون الثقافة ، واقرها مجلس الجامعة .

ويتناول هذا التعاون الأمور الآتية:

(١) الشؤون التعليمية.

(٢) الرياضة البدنية.

(٣) الفنون والآثار.

(٤) اللغة العربية.

(٥) الثقافة العامة.

(٦) شؤون التشريع والدراسات القانونية.

وكل أمر من هذه الأمور الأساسية يشمل مسائل شتى.

فالتعاون فى الشؤون التعليمية يشمل تبادل الأساتذة والمدرسين، وتبادل الطلبة والتلاميذ، وتعادل مراحل التعليم والشهادات المدرسية، وتبادل انشاء المعاهد التعليمية، وتوحيد المناهج فى قدر أدنى مشترك من الثقافة العربية، وانشاء مكتبة عربية للتلميذ.

والتعاون فى شؤون الرياضة البدنية يشمل تشجيع الرحلات الرياضية والكشفية بين البلاد العربية مع تسهيل معاملات السفر وخفض نفقاته، وتنظيم مباريات رياضية ما بين المعاهد والنوادى.

والتعاون فى الفنون والآثار يشمل توثيق الصلات بين المتاحف العلمية والتاريخية والفنية ودور الكتب بوسائل مختلفة كتبادل المؤلفات والفهارس والقطع الأثرية ذات النسخ المتعددة والموظفين الفنيين وبعثات التنقيب عن الآثار. ويشمل كذلك التعاون بين رجال الصحافة والمهن الحرة وأهل الفن والتمثيل والموسيقى والسينما والاذاعة وتنظيم زيارات لهم من بلد الى آخر.

والتعاون فى النهوض باللغة العربية يكون بأن تعمل دول الجامعة على توحيد المصطلحات العلمية بواسطة المجامع والمؤتمرات واللجان المشتركة والنشرات، وبأن تعمل على الوصول باللغة العربية الى تأدية جميع أغراض التفكير والعلم الحديث وجعلها لغة الدراسة فى جميع المواد فى كل مراحل التعليم فى البلاد العربية.

والتعاون فى شؤون الثقافة العامة يتناول (أولا) التعاون على احياء التراث العربى القديم والمحافظة عليه ونشره وتيسيره للطالبين بمختلف

الوسائل مع تبادل . انشاء المعاهد العلمية ، وتشجيع الرحلات الثقافية . ويتناول (ثانياً) التعاون على نقل الثقافة الغربية لمسايرة الحركة الفكرية العالمية ويكون ذلك بتنشيط الجهود التى تبذل لترجمة عيون الكتب الأجنبية القديمة والحديثة وتنظيم تلك الجهود . ويتناول (ثالثا) التعاون على تشجيع الانتاج الفكرى ، ويتحقق ذلك بوسائل مختلفة كانشاء معاهد للبحث العلمى والأدبى ، وتنظيم مسابقات فى التأليف ، ووقف جوائز على المتفوقين من رجال العلم والأدب والفن . وحتى يستوفى تشجيع الانتاج الفكرى كل أسبابه تعهدت دول الجامعة العربية بأن تضع كل منها تشريعاً لحماية الملكية الأدبية والفنية والعلمية لما ينشر فى كل دولة من دول الجامعة العربية .

بقى التعاون فى شؤون التشريع والدراسات القانونية ، وتحقيقاً لهذا الغرض تعهدت دول الجامعة العربية بأن تتخذ الوسائل اللازمة للتقريب بين اتجاهاتها التشريعية ، وتوحيد ما يمكن توحيده من قوانينها ، وادخال الدراسات القانونية المقارنة للبلاد العربية فى برامج معاهدها .

٤ ـ لجنة التعاون الثقافى

نص ميثاق الجامعة على تأليف لجنة لشؤون الثقافة كما قدمنا . فاللجنة اذن ليست وليدة المعاهدة الثقافية ، بل هى وليدة الميثاق نفسه . وإذا كانت المعاهدة الثقافية قد بينت أهم وجوه التعاون الثقافى ، فليس هناك ما يمنع اللجنة من ابتكار وجوه أخرى للتعاون ، لأن الميثاق يقرر بعبارة عامة وجوب تعاون الدول العربية تعاوناً وثيقاً فى شؤون الثقافة ، ولم يحصر هذه الشؤون فى مسائل محددة .

وقد عقدت اللجنة منذ اقرار المعاهدة الثقافية دورة واحدة فى شهر مارس الماضى ، وعالجت خمس مسائل :

أولاً : انشاء معهد للمخطوطات العربية يراد به احياء التراث العربى القديم ، فتؤخذ أفلام مصغرة للمخطوطات العربية المتناثرة فى جميع أنحاء العالم ، وتجمع هذه الأفلام فى المعهد لتكون فى متناول العلماء للبحث والدراسة والنشر . والمشروع كما ترون مشروع جليل سبق أن نفّذ

مثله بالنسبة الى المخطوطات اللاتينية والمخطوطات اليونانية والمؤلفات الانجليزية القديمة . وحتى ندرك ما يعود من وراء تنفيذ هذا المشروع من الفائدة فى احياء التراث العربى القديم ، يكفى أن نذكر ان ما نشر من هذا التراث حتى اليوم لايزيد على ١٠٪ من مجموع المخطوطات العربية .

ثانيا : توثيق الصلات ما بين اللجنة وهيئة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة ، حتى يتحقق التعاون ما بين الشرق والغرب فى الميادين الثقافية . وقد عرضت لجنة التعاون الثقافى على مجلس الجامعة قراراً ينظم الصلات ما بين الهيئة العربية والهيئة العالمية ، فأقر المجلس هذا القرار .

ويتلخص فى أن تُشكِّل كل دولة عربية شعبة قومية تكون أداة الاتصال بكل من اللجنة العربية والهيئة العالمية ،وتختار مندوبيها فى كل من اللجنة والهيئة من أعضاء هذه الشعبة بقدر الامكان ، فيذهب مندوبو الدول العربية الى هيئة الأمم المتحدة متفقى الكلمة متضامنين . ثم تبحث لجنة التعاون الثافى عن الطرق المناسبة للاتصال مباشرة بهيئة الأمم المتحدة وفقاً لما جاء فى دستور هذه الهيئة .

ثالثاً : الدعوة الى عقد مؤتمر ثقافى من جميع البلاد العربية للبحث فى توحيد مناهج التعليم الخاصة بالثقافة العربية . فيقوم المؤتمر بتحديد القدر المشترك الأدنى من الثقافة الذى يوضع فى المناهج ويُلقَنه التلميذ فى كل بلد عربى ، حتى تتوحد الثقافة العربية فيما بين البلاد المختلفة ، ويرتفع مستواها الى الحد الواجب . وتشمل هذه الثقافة العلوم العربية والتاريخ العربى وجغرافية البلاد العربية والتربية الوطنية . وأضيف اليها مسألة اللغة العربية ذاتها والنظر فى تبسيط قواعدها وتحسين أساليب تدريسها . وقد ألفت لجنة تحضيرية للأعداد لهذا المؤتمر العربى الذى سيكون الأول من نوعه .

رابعاً : وضع تشريع حماية الملكية الأدبية والفنية فى البلاد العربية ، وقد رات اللجنة أن الوقت قد حان لوضع هذا التشريع ، وقدرت أن الأفضل ان يكون واحداً لجميع الدول العربية . فألفت لجنة من الرجال الفنيين لوضع مشروع تمهيدى ، ومتى تم وضعه عرض على اللجنة الثقافية ، ثم على مجلس الجامعة . فاذا أقرته الهيئتان أوصى مجلس الجامعة الدول باتخاذه تشريعاً لها .

خامساً : تأليف لجنة فرعية دائمة للتشريع . وستكون مهمة هذه اللجنة النظر فيما يمكن توحيده من قوانين البلاد العربية أو فيما يمكن تقريب الاتجاهات فيه . ولاشك فى أن هذه اللجنة ستجد مجال العمل أمامها واسعاً . فهناك القانون التجارى ، وهو قانون قابل للتوحيد فيما بين كثير من الدول العربية ، بل فيما بين كثير من دول العالم إذا أغفلنا بعض الفروق البسيطة التى يقتضيها اختلاف البيئة فى كل بلد . وهناك القانون الجنائى هو أيضاً كالقانون التجارى قابل للتوحيد . وهناك قوانين الاجراءات كقانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية هى ايضاً تقبل التوحيد أو التقريب فيما بين اتجاهاتها . بل أن القانون المدنى نفسه ، وهو القانون الذى يستعصى أكثر من غيره على التوحيد ، يقبل كثيراً من التقريب فيما بين اتجاهاته فى البلاد العربية المختلفة . وقد وقعت التجربة فعلا ، فوضِع مشروع لقانون مدنى لمصر يمكن فى كثير من اليسر اتخاذه قانوناً مدنياً فى لبنان وفى تونس والجزائر ومراكش . ووضع مشروع آخر للعراق يمكن اتخاذ قانونا فى سورية وشرق الأردن وفلسطين . ويشترك المشروعان فى كثير من الأحكام ، ويتقاربان فى الباقى منها . فإذا كان هذا هو شأن التقنينات الجامعة الشاملة ، فلا شك فى أن هناك كثيراً من القوانين الأخرى التفصيلية تقبل التوحيد او التقريب فيما بينها . وستستعين اللجنة بخبراء من رجال القانون عندما تعالج موضوعاً معيناً ، فيضع هؤلاء الخبراء نموذجاً تحتذيه الدول العربية أو تقترب منه بقدر الامكان . وللجنة مهمة أخرى هى تنظيم دراسات مقارنة لقوانين البلاد العربية تلقى فى كليات الحقوق بجامعات هذه البلاد .

هذه هى الجهود التى تبذلها الثقافة العربية فى ميدان التعاون الثقافى والتشريعى فيما بين البلاد العربية . وهى جهود كما ترون جديرة بالتشجيع . وإذا كانت هذه اللجنة قد وضعت نصب عينيها أن تعمل لتكوين المواطن العربى فى الناحيتين الثقافية والتشريعية ، فان اللجان الأخرى التى أنشأتها الجامعة ستعمل دون شك لتكوين المواطن العربى فى النواحى الاقتصادية والمالية والاجتماعية . ومتى قام المواطن العربى ، وتحدد كيانه ، فى كل هذه النواحى ، تهيأ السبيل عندئذ لقيام الوطن العربى الأكبر ، وهو الهدف الأعلى الذى تتجه اليه أنظار العاملين فى سبيل الوحدة العربية .

تقــديم

بقــلم
حضرة صاحب السعادة
الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى باشا

رئيس مجلس الدولة (*)

رأى مجلس الدولة - وهو القائم بتبعات القضاء الادارى فى مصر والمضطلع بأعباء القانون العام - أن يصدر مجلة يرصدها لخدمة القضاء الادارى وفقه القانون العام. ولم يبتدع الفكرة، إذ سبقه إليها مجلس الدولة الايطالى، ثم مجلس الدولة الفرنسى فى « الدراسات والوثائق » التى يصدرها مرة فى كل عام.

ولاشك فى أن مصر، ولايزال القضاء الادارى فيها يخطو فى مراحله الأولى، من أشد البلاد حاجة إلى أمثال هذه المجلة، تعرف الناس بالقانون الادارى المصرى فى مراحل نشأته، وفى مدارج تقدمه، وفى تطوره لاستكمال أسباب الفتوة والشباب، وهو ينمو تحت أعين القضاء والفقه، وفى حضانتهما، وبخاصة فى هذا العهد الجديد الذى قام فيه مجلس الدولة، فصار لمصر به قضاء إدارى، واستقام لها بذلك نظام قضائى كامل، وحده انقضاء فترة الانتقال، فاستوى قضاء مصرياً صميما تعتز به مصر.

ومن علائم التوفيق ويمن الطالع أن لمح عميد رجال القانون فى مصر، الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمى باشا، ما اعتزمه مجلس الدولة من أمر هذه المجلة، فبعث اليها بتحية كريمة حرصنا أن نصدر بها هذا العدد الأول.

والتحية من عاهل القانون فى مصر. فهى تحية يزهو بها مجلس الدولة. ثم هى من الرجل الذى أمسك بزمام القضاء الادارى فى عهده الأول حين كان موكولا إلى القضاء العادى، عرفه - كما يقول هو فى كلمته

(*) مجلة مجلس الدولة - العدد الأول - يناير ١٩٥٠.

القيمة - أيام أن كان فى طفولته ، وشارك فعلا فى حضانته . ويتواضع الأستاذ الجليل كثيراً عندما يقول عن نفسه إنه «شارك» . فى حضانة القانون الادارى . فالمشاركة هنا لفظ ينبغى أن نتوسع فى تأويله . أليس هو الواضع للأساس الذى تقوم عليه محكمة النقض فى عهدها الحاضر ؟ لقد أقام أركانها وشيد بنيانها ، واصطنع لها من أسباب التمكين والقوة ، ما تستند منه إلى حرز منيع حتى اليوم .

فإذا كان القضاء الادارى قد أبصر ما أبصر ، فهو الذى أخذ بيديه ، وفتح عينيه ، وقوم خطاه ، فأخذ يحبو ، بعد أن كان يكبو ، ثم اشتدت قدماه ، وصلب عوده ، فصار يمشى على الأرض سويا .

ومن علائم التوفيق ويمن الطالع مرةأخرى أن ساهم فى كتابة هذا العدد الأول من المجلة رجل من رجالات مصر ، هو الدرة اللامعة فى جبين القانون ، والعقل القوى الشامل المحيط ، الأستاذ الكبير والقاضى الجليل عبد الحميد بدوى باشا ، عرفته مصر وهو يمسك فيها بزمام الادارة والسياسة حقبة طويلة من عهودها الأخيرة ، فيحلق بها إلى مستوى رفيع يليق بأمة عريقة فى الحضارة . ثم ما لبث أن فاضت جهوده الجبارة فتدفقت فى الميدان الدولى حيث يرفع الآن رأس مصر عالياً بين قضاة محكمة العدل الدولية . وقد اختار بحثاً شيقاً هو «تحول لجنة قضايا الحكومة إلى مجلس الدولة» . ومن أولى من أستاذنا الكبير بالكتابة فى هذا الموضوع ، وهو الذى وضع الأسس الأولى للجنة القضايا فى عهدها الحديث ، ومهد سبيل هذا التحول من اللجنة إلى المجلس وكان إمام الفتوى والتشريع فى مصر زهاء ربع قرن ، فأرسى فى قوة وإحكام الحجر الأولى فى بناء الفقه الادارى فى مصر .

ويتابع القارىء فى هذا المقال النفيس ما سبق إنشاء مجلس الدولة فى مصر من محاولات قديمة كانت ترمى إلى إنشائه منذ عهد بعيد . وقعت المحاولة الأولى فى سنة ١٨٧٩ ، وأعقبتها الثانية فى سنة ١٨٨٣ ، ولم يتح التوفيق لواحدة منهما . وتغلب نظام لجنة قضايا الحكومة على نظام مجلس الدولة . ووصل النظام الأول إلى القمة من تطوره عندما أعيد النظر فيه عام ١٩٢٣ . وقد جمع بين الفتوى والتشريع ، ولم يكن ينقصه إلا القضاء ليستكمل جميع المقومات فى نظام مجلس الدولة . ولا يجوز أن

يغمط نظام لجنة القضايا حقه ، فقد أدى أجلّ الخدمات للبلاد ، وكان هو الركن الأول الذى قام عليه نظام مجلس الدولة . لذلك لم يعدُ المقال وجه الحق عندما تقرأ فيه عن الحكومات التى تعاقبت على مصر ، سواء قبل الاستقلال أو بعده ، وعن تباين نزعاتها واتجاهاتها ، أن أقسام القضايا وقفت « من تلك النزعات موقفاً لا يميل مع الهوى ، ولا يلحظ إلا المصلحة العامة ، وإلا التوفيق بين ما تعارض أو اختلف من تلك النزعات والاتجاهات ، دون أن تدافع رجال الحكم عن تبعاتهم الخاصة ، أو أن تسعى لالزامهم بما تراه من وجوه المصلحة بغير قوة الحق وسلطان القانون » . ولم يعدُ المقال وجه الحق كذلك عندما تقرأ فيه ما صنعت لجنة القضايا من جميل فى شؤون الرأى والدفاع والتشريع ، ومن كان هذا الصنع من أعماله « لم يكن ليفوته طبعاً أن يسعى جهده لاستكمال ضرورات النظام فيما كان لصيقاً به من تبعات النصح والشورى للحكومة ، وفى صدر هذه الضرورات إنشاء مجلس الدولة » . ولم يفت لجنة القضاء حقاً هذا السعى الحميد . فمنذ أصبح نظام مجلس الدولة ممكناً فى مصر بعد ابرام معاهدة مونتريه الخاصة بإلغاء الامتيازات واللجنة لم تأل جهداً فى ذلك . فوضعت مشروعاً لمجلس الدولة فى سنة ١٩٣٩ . ثم وضعت مشروعاً آخر أكمل من الأول فى سنة ١٩٤١ . ولكن ما لبثت الفكرة أن ارتطمت بالاعتراضات والعقبات على النحو المبين فى المقال ، حتى قيض الله لها أخيراً من أخذ بيدها وسار بها إلى الغاية .

ويقول الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى ختام مقاله إنه لم يشهد مولد المجلس ولا تنفيذ القانون الخاص به . وإذا كان صحيحاً أنه لم يشهد مولد المجلس ، فصحيح أيضاً أن المجلس ليس إلا ولداً أنجبه ، إذا هو لم يشهد مولده ، فإن هذا لا ينتقص من أبوته الكريمة لهذا الولد البار . . .

والمجلة تشتمل على أقسام ثلاثة ، أولها للبحوث والدراسات ، والثانى للتعليق على القضاء والفقه فى القانون الادارى ، والقسم الثالث للوثائق .

أما البحوث والدراسات فقد أريد بها فى هذا العدد أمران :

(أولهما) : أن يكون مجلس الدولة المصرى محوراً يدور حوله البحث . فيدرس ما سبق إنشاء هذا المجلس من محاولات متكررة لانشائه

قديما وحديثا . وقد فعل ذلك الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى بحثه القيم الذى نوهنا به فيما تقدم . ويدرس القضاء الادارى فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة وما كان لهذا القضاء من أثر بعد إنشاء المجلس . وقد قام بهذ البحث الدقيق المتشعب الأطراف الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك وكيل المجلس فى مقاله الممتع « القضاء الادارى فى مصر بين عهدين » .

فقد عرض فى بحثه لما اضطلعت به محكمة النقض قبل إنشاء مجلس الدولة من نصيب وافر فى تقرير مبادىء القانون الادارى . فعرفت الأمر الادارى ، وجعلت ضابطه موضوعيا لا شكلياً - وإن كنا نرجح الضابط الشكلى - وأخذت بمبدأ التعسف فى استعمال السلطة بعد أن جعلت الاثبات يحمل عبأه من يدعى التعسف ، وقالت بنظرية الضرورة فى الاجراءات الادارية بعد أن قيدتها بالمسوغ الشرعى الذى تقتضيه ظروف الحال ، وتناولت الترخيص الادارى وطبيعته وسلطة الادارة التقديرية فى منحه وفى الرجوع عنه ، ونظرت فى شؤون الموظفين فكيفت الرابطة بين الحكومة والموظف تكييفاً صحيحاً على أساس أنها علاقة لائحية لا علاقة تعاقدية ، وحددت ولاية الترقية وحق الحكومة فى فصل الموظفين ، واعتبرت الجنسية من روابط القانون العام .

ولا نشك فى أن محكمة النقض خدمت القانون الادارى خدمة جليلة وبخاصة فى عهدها الأول بزعامة رئيسها الأسبق الأستاذ الجليل عبد العزيز فهمى باشا كما أسلفنا القول . وخير ما فعلته فى هذا الميدان هو أخذها بمبدأ التعسف فى استعمال السلطة . وجميل من الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك - مستشار النقض القديم - أن يذكرنا بمآثر محكمة النقض على القانون الادارى . ولكن هذا الوفاء المشكور لايمنعنا من وضع الأمور فى نصابها . فإن محكمة النقض ، إلى جانب الخدمات الجليلة التى أدتها للقانون الادارى ، عاقت - ككل محكمة نقض أخرى - من نمو هذا القانون واضطراد تقدمه . ويرجع ذلك إلى أن القضاء المدنى إذا تناول أقضية الادارة لا يستطيع أن يتخلص فى تناولها من العقلية المدنية التى رسخت فى تقاليده . فهو لا يفرق بين تصرف الدولة فى أموالها الخاصة وتصرفها فى الأموال العامة ، ولا يميز بين العقود المدنية والعقود

الادارية، ولا يعترف بوجود فرق بين مسولية الأفراد ومسئولية الدولة، بل يتقيد فى كل هذه الأمور بالنصوص المدنية. فإذا ما رأى التحرر من النصوص تطرف فى الناحية الأخرى، وخرج على صريح النص دون اصطناع تطبيق القانون، كما فعل عندما قرر أن الأمر الادارى يفقد طبيعته الادارية لمجرد إشتماله على عيب، ويعتبر تبعاً لذلك عملا من أعمال النصب والتعدى التى يجوز له الغاؤها أو وقف تنفيذها[١]. وليس فى هذا القضاء الخاطىء من مزية إلا فى دلالته على أن الوقت قد حان لانشاء قضاء إدارى يختص بإلغاء القرارات الادارية وفى تعجله هذا الإصلاح الذى طال ارتقابه. والواقع من الأمر أن محكمة النقض إذا واجهت الشؤون الادارية كانت بين أن تتقيد بحرفية النص المدنى أو أن تخرج على صريح ما اشتمل عليه من الأحكام.

على أن الأستاذ الكبير سليمان حافظ بك لم يفته أن يشير إلى ذلك فى آخر مقاله فى كثير من الرفق والتلطف. ولا نتردد فى التأمين على النتيجة التى خلص إليها إذ يقول: «وفى هذا أو ذاك وحده... دلالة أبلغ دلالة على ما كنا نحسه من مسيس الحاجة إلى القضاء الادارى الجديد. ولن تستكمل العدالة مقوماتها ولا القانون سلطانه حتى يكمل لهذا القضاء اختصاصه الطبيعى، ويصبح بحق القضاء صاحب الوِلاية العامة فى قضايا القانون العام».

ويتصل بالبحثين المتقدمى الذكر بحثان آخران، يدوران هما ايضاً حول محور مجلس الدولة، ويعرضان للقضاء الادارى فى البلاد الأجنبية، أحدهما عن مجلس الدولة فى فرنسا لعلم من أعلام الفقه الادارى الفرنسى الأستاذ فالين، والبحث الآخر عن المحاكم الادارية فى المانيا للأستاذ الكبير الدكتور لودفينج شميت. والمقالان كتبا للمجلة باللغة الفرنسية، وترجمهما إلى اللغة العربية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول بمجلس الدولة وسكرتير هذه المجلة.

---

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتور فؤاد مهنا، دروس القانون الادارى المصرى، ص ٥٦٣ و ٥٦٤ و ٥٧٩.

ويعرض مقال الأستاذ فالين لمجلس الدولة فى فرنسا منذ سنة ١٩٤٥ ، أى فى صورته الأخيرة التى صدر بها قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٥ منذ قيام الجمهورية الرابعة . والمقال ذو صبغة عملية . ومما يسترعى النظر ما جاء فيه من تعديل فى طريقة تعيين المندوبين - وهم أدنى طبقات الموظفين الفنيين - فقد أصبحوا يختارون من ممتازى المتخرجين فى معهد علمى يديره مجلس الدولة ذاته ، ويسمى « المدرسة الوطنية للادارة » . أما فى مصر فمنذ إنشاء وظائف المندوبين المساعدين اصبح من الميسور لمجلس الدولة أن يختار أفضل العناصر من متخرجى كليتى الحقوق فى العام الذى يتم فيه التعيين أو العام الذى قبله ، ويختارون بترتيب درجاتهم فى امتحان الليسانس ، وبذلك كُفل للمجلس أن يغذى بخير العناصر منذ البداية . وقد يكون هناك مجال النظر فيما إذا كان من الملائم ، إقتداءً بمجلس الدولة فى فرنسا ، تخصيص بعض من وظائف المندوبين المرشحين يعدون إعداداً خاصاً يناسب هذه الوظائف فى معهد للعلوم الادارية والمالية ، يشترك فى إدارته مجلس الدولة وكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، بحيث يتاح لمن يقبل فى هذا المعهد من الطلاب الممتازين أن يقوم بدراسة علمية وعملية تتلاءم مع الأعمال التى سيتولاها فى مجلس الدولة . أما من ناحية التشكيل فيبرز فى مقال فالين ما طرأ من تغيير فى طريقة تعيين المستشارين غير العاديين بمجلس الدولة الفرنسى . ولا نحسب أن مجلس الدولة المصرى يحتاج فى الوقت الحاضر إلى إدخال نظام المستشارين غير العاديين ، ويحسبه أن عدّل فى روط تعيين المستشارين بحيث يجوز إدخال العناصر الممتازة من رجال الادارة العاملة فى صفوف مستشاريه ، وهذا هو نظام المستشارين العاديين أنفسهم فى مجلس الدولة فى بفرنسا ، ونلاحظ أخيراً - وهذا أيضاً مما يبرز فى مقال الأستاذ فالين - أن نشاط مجلس الدولة المصرى فى التشريع أبعد مدى من نشاط مجلس الدولة الفرنسى ، وهذه مسألة هامة ينبغى أن يحرص مجلس الدولة المصرى على تقويتها . ولا يسع القارىء إلا أن يؤمن على ما جاء فى ختام المقال من أن مجلس الدولة فى فرنسا « يغدو كل يوم أكثر من ذى قبل إحدى الدعائم الرئيسية التى تتولى تنظيم الحياة فى فرنسا وتوجيهها » .

ويتبين من مقال الأستاذ شميت ـ وهو مقال جامع لشتات الموضوع الذى تناوله ويتم عن مجهود كبير يستوجب الثناء ـ أن ألمانيا ليست عريقة فى قضائها الإدارى ، فإن أول محكمة إدارية عليا للإمبراطورية جمعاء نص عليها دستور فايمار فى سنة ١٩١٩ . ومع ذلك تروخى فى إنشاء هذه المحكمة إلى أن قبض الاشتراكيون الوطنيون على زمام السلطة فأنشأوها فى ظل الرايخ الثالث الذى قام فى سنة ١٩٣٣ . ولم يبلغ القانون الألمانى ، كما يقول الأستاذ شميت «فيما يتعلق بالمحاكم الإدارية ، من الوحدة النظامية أو الكمال فى الأسلوب شأو القانون الفرنسى الذى شاد صرح مبادىء قويمة يعم سريانها بالنسبة إلى الإدارة ربوع البلاد بأسرها » . ويسترعى النظر فيما جاء بالمقال هذه التفرقة التى أقامها الألمان بين الطعن الولائى والطعن الإدارى ، ففى الأول منهما لاتلزم الإدارة بفحص التظلم ، أما فى الثانى فيتحتم عليها أن تنظر فى الطعن وأن تصدر قراراً فيه يعلن ذوى الشأن . ويسترعى النظر أيضاً فهم الألمان للخصومة الإدارية على أنها ليست الخصومة للدولة ذاتها «إذ لم يكن للدولة أصلا فى عهد الريخ الثالث دور الخصم ، فلم يكن المحامى العام ممثلاً للدولة ، وإنما كان يساهم فى تعرف الحكم القانونى للمسألة المعروضة بصفته من أعوان العدالة ، غير أنه كان له أن يطلب معلومات الوزارة صاحبة الشأن أو يتلقى تعليمات منها » . فالدور الذى يقوم به إذن هو أقرب لدور « نائب الدولة » منه لدور « الدفاع عن الحكومة » . وهذا نظر أدق لمعنى الخصومة الإدارية .

(والأمر الثانى) الذى أريد من البحوث والدراسات المنشورة فى هذا العدد أن تعالج مسائل فى القانون العام لها من الخطر والأهمية المقام الأول . وقد اختيرت مسائل ثلاث : أولاها صدر فيها حكم يؤرخ مرحلة هامة فى تاريخ تطور القضاء فى مصر وهى مسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين . والثانية مسألة من أخطر مسائل القانون الإدارى ، ولمجلس الدولة بفرنسا فيها قضاء مبتدع جاراه فيه القضاء الإدارى المصرى ، وهى مسألة «سحب الأوامر الإدارية» أو الرجوع فيها . والمسألة الثالثة هى من المسائل المعروضة على بساط البحث فى مصر فى الوقت الحاضر ، وقد تقدمت الحكومة فيها بمشروع قانون إلى

البرلمان ، وهى مسألة الاختصاص فى مسائل الجنسية . وسنعقب على هذه البحوث الثلاثة فى شىء من التفصيل فيما يلى .

أما القسم الثانى من هذه المجلة ، وهو الذى خصصناه للتعليق على القضاء والفقه فى القانون الإدارى ، فقد افتتحناه فى هذا العدد الأول بمقال قيم للدكتور عثمان خليل عثمان أستاذ القانون الإدارى بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، استعرض فيه عهود القانون الإدارى فى فرنسا وذكر أعلام الفقهاء فى كل عهد . والمقال دراسة عميقة ، علمية وعملية . ذلك « أن دراسة عهود القانون الإدارى فى فرنسا ـ كما قال بحق صاحب المقال ـ هى فى الحقيقة دراسة المبادىء الإدارية التى ظهرت متلاحقة هنالك ، وأن هذه العهود هى بمثابة الفصول أو الأبواب المتتالية فى مؤلف عن القانون الإدارى الحديث ، فهى بذلك دراسة علمية عملية ، وليست كما قد يظن مجرد بحوث تاريخية فلسفية » . ولم يقتصر الدكتور عثمان على استعراض أهم المؤلفات فى العهود المختلفة ، بل عمد إلى تحليل هذه المؤلفات تحليلا علميا دقيقا ، فوفق فى هذا العمل الجليل أكبر التوفيق . وهذا المقال الممتع هو خير تمهيد لما سيعقبه من تعليق على الفقه الإدارى فى هذا القسم . وقد بدأ فعلا الأستاذ محمد ابراهيم فهمى السيد المندوب بمجلس الدولة هذه التعليقات بايراد موجز دقيق لبعض البحوث الرئيسية التى نشرتها أمهات المجلات الفرنسية ، وعلق عليها تعليقا نم على سعة اطلاع ودقة فهم ورحابة أفق . وتلى ذلك ، فى هذا القسم الثانى ذاته ، تعليقات قيمة على بعض الأحكام الهامة التى صدرت من محكمة القضاء الإدارى ، دبجها ببراعة أعلام أربعة من أعلام القانون أثنان مصريان هما الدكتور محمد زهير جرانة أستاذ القانون الإدارى السابق بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والمحامى أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض والدكتور عثمان خليل عثمان صاحب المقال الذى سبقت الإشارة إليه والآخران أجنبيان هما الأستاذ فرنسوا فيريه المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة والأستاذ باسكال أريجى الأجريجية فى القانون الفرنسى . ولن يشك من يقرأ هذه التعليقات أن مستوى التعليق على الأحكام فى هذه المجلة قد بدأ رفيعاً ، وفى عزم القائمين بشأن المجلة أن يستبقوا هذا المستوى فيما يلى من الأعداد .

ونشرنا من الوثائق فى القسم الثالث من المجلة القانون الجديد لمجلس الدولة مقارنا بنصوص القانون القديم ومصحوباً بالمذكرة الإيضاحية . وسننشر فى العدد التالى سائر الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذا القانون ، من مناقشات برلمانية وتقارير اللجان فى المجلسين ونصوص المشروعات الأولى التى سبقت كل ذلك . ثم نشرنا ، إلى جانب قانون مجلس الدولة المصرى ، القانون الأخير لمجلس الدولة الفرنسى ، وقد قام بترجمة نصوصه الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل سكرتير المجلة . ونشرنا بعد ذلك التقارير السنوية الثلاثة عن أعمال مجلس الدولة فى مصر ، وهى التقارير التى صدرت عن الأعوام الثلاثة الأولى من حياة هذا المجلس ، وسنوالى نشر هذه التقارير السنوية فى هذا القسم من المجلة حتى يجتمع منها على مر الأيام صفحات تكون هى المرآة التى تتراءى فيها حياة مجلس الدولة .

ونعود إلى التعقيب على البحوث الثلاثة التى أسلفنا الإشارة إليها .

والبحث الأول يعرض لرقابة القضاء على دستورية القوانين . وقد قدمنا أنه موضوع من أدق الموضوعات وأعظمها خطراً . تناوله بالبحث هنا الأستاذان الكبيران السيد على السيد بك وكيل مجلس الدولة والدكتور عبد السلام ذهنى بك المستشار السابق بمحكمة الاستئناف المختلطة . ومن يقرأ مقاليهما القيمين يتبين أن هذا الموضوع الخطير قد تضاربت فيه الآراء ، وتباينت المذاهب ، وتشعبت المناحى .

وقد عالج الأستاذ على السيد بك الموضوع من ناحية رقابة القضاء على دستورية القوانين ، وبحث الأساس الذى يقوم عليه حق الرقابة ومدى الحق فى ضوء حكم من اهم الأحكام التى أصدرتها محكمة القضاء الادارى .

ولا شك فى أن هذا الحكم ، الذى صدر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ ، يؤرخ مرحلة حاسمة فى القضاء المصرى . وإذا كانت الكثرة الغالبة من الفقهاء المصريين يقولون برقابة القضاء على دستورية القوانين ، فان القضاء المصرى قبل صدور هذا الحكم لم يكن مستقراً على هذا الرأى . وكانت محكمة النقض قد أخذت به فى إحدى الأقضية ، لكن حكمها جاء مقتضباً فلم يعالج الموضوع العلاج الوافى الذى يستحقه. ثم تلى ذلك حكم

محكمة استئناف مصر يقول بالرأى العسكى، ويذهب إلى أن القضاء لا رقابة له على دستورية القوانين، وهو حكم عنى واضعوه يبسط أسبابه فى جلاء وقوة، فطغى على ما سبقة من الأحكام المخالفة. ومن أجل ذلك قلنا إن القضاء المصرى لم يكن مستقراً قبل صدور الحكم الهام الذى نحن بصددة من محكمة القضاء الادارى، والذى يعد رداً مقنعاً حاسما على حكم محكمة الاستئناف السالف الذكر. فقد واجه الموضوع مواجهة صريحة، وعالجه فى قدرة لم تترك مجالا للشك فى أن قضاءنا الادارى قد إختط لنفسه خطة واضحة، وقد حالفه التوفيق فى هذه الخطة إذ انحاز للجانب الذى يقول برقابة القضاء على دستورية القوانين. وإذا كان موضوع القضية التى صدر فيها الحكم هو البحث فى دستورية مرسوم بقانون، لكن الأسباب التى استند إليها عامة مطلقة، لا تفرق بين قانون ومرسوم بقانون، بحيث لا يشك القارئ فى أن المعروض على المحكمة لو كان قانوناً لا مرسوماً بقانون، لما غيرت وجهة نظرها، ولما زادت على الأسباب التى ذكرتها سبباً جديداً.

لذلك لا تعجب إذا رأينا فقهاء القانون العام فى مصر يحتفلون بهذا الحكم ويشيدون به، فيقول الدكتور السيد صبرى أستاذ القانون الدستورى بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول فى مؤلفه «مبادىء القانون الدستورى» (طبعة رابعة سنة ١٩٤٩ ص ٦٧١): «إن هذا الحكم سيكون نقطة التحول الحقيقى فى موقف المحاكم المصرية فى هذا الشأن نظراً لمركز القضاء الادارى». ويقول الدكتور عثمان خليل عثمان فى تعليقة على هذا الحكم فى مجلة التشريع والقضاء (السنة الأولى عدد ١٤ ص٢٩١): «... لكل ذلك كان كسباً سياسياً - إلى جانب الاعتبارات القانونية - أن يؤكد مجلس الدولة الجديد حق القضاء المصرى فى مراقبة دستورية القوانين شكلا وموضوعاً، وأن يفند الاعتراضات القائلة يتعارض هذا الحق مع مبدأ الفصل بين السلطات أو خروجه بالقاضى عن طبيعة عمله القضائى».

وتقول إن السيد على السيد بك - وكان أحد مستشارى الدائرة التى أصدرت هذا الحكم وهو مسئول إلى حد كبير عما جاء فيه من أسباب بالغة الوضوح والقوة - حالفه التوفيق أيضاً فى بحثه هذا الذى ننشره فى المجلة تعقيباً على الحكم، وبياناً لأهدافه ومراميه. فقد قدم لتحليل الحكم بموجز

نفيس قيم عرض فيه لموقف البلاد المختلفة من هذه المسألة، وذكر ما يبسط منها رقابة القضاء على دستورية القوانين وما يمنع القضاء من هذه الرقابة، وفى ذلك استكمال لأسباب الحكم التى كانت لا تتسع لعرض فقهى كهذا. ثم استخلص من أسباب الحكم المسهبة كيف حدد الحكم أساس حق المحاكم فى بحث دستورية القوانين، إذ هى التى نيط بها تطبيق القوانين وتفسيرها، ويقع على عاتقها بهذا الوصف أن تعين أى القانونين واجب التطبيق، القانون الدستورى أو القانون العادى، إذا عارض أحدهما الآخر. كذلك استخلص من الأسباب مدى هذه الرقابة القضائية، فالمحكمة لا تقضى بالغاء القانون غير الدستورى ولاتقف تنفيذه وقفاً عاماً، وإنما تمتنع عن تطبيقه فى خصوص القضية التى تنظرها. أبان عن كل ذلك فى منطق سليم، وعبارة واضحة دقيقة لا إسراف فيها ولا اقتضاب، وكان موفقاً كل التوفيق فيما ساقه من حجج وأدلى به من آراء، فجاء مقاله خير تعقيب على حكم هو من أهم الأحكام التى أصدرها القضاء المصرى فى عهده الحديث.

وتناول الدكتور عبد السلام ذهنى بك الموضوع من ناحية رقابة مجلس الدولة على دستورية القوانين. وبحثه هذا مكمل للبحث السابق، لايكاد أحدهما يغنى عن الآخر. والدكتور عبد السلام بك من أنصار الرأى القائل برقابة القضاء على دستورية القوانين. وقد عرض فى مقاله للفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا وموقف كل منهما من هذه المسألة. كل هذا فى إسهاب مستفيض، وطرافة فى الأسلوب يكاد ينفرد بها، وإطلاق للقلم يتنقل حيث شاء صاحبه دون أن يعترف بحدود يقف عندها. لذلك جاء البحث متشعب المسالك، غنياً بالمراجع، زاخراً بآراء الفقهاء وقضاء المحاكم. وقد تابع تشكيل مجلس الدولة فى مصر، وتبسط فى وصف نظمه، تمهيداً لتناول الحكم الذى أصدرته محكمة القضاء الادارى فى رقابة القضاء على دستورية القوانين. وقد كان الدكتور عبد السلام بك منصفاً كل الانصاف عندما أشاد بهذا الحكم فقال: «إنه من الأحكام التى يفخر بها القضاء والفقه معاً بمصر فيما تمشى فى أسبابه من أصول دستورية غاية فى المتانة وفى الحجج الدامغة والتدليل القاطع». وإذا كان قد أخذ على الحكم أنه تجاهل ما سبقه من أحكام مصرية، وما قال الفقه المصرى فى هذه المسألة، وما خاض فيه القضاء والفقه فى فرنسا، فلعل

الأسلوب المألوف فى كتابة الأحكام ، وما ينبغى لها . . من قصد فى القول ، ومجانبة للجدل ، ومحاشاة للخوض فى البحوث الفقهية ، كل هذا هو الشفيع للحكم فيما أخذ عليه ، وبحسبه أن يكون - كما قال الدكتور عبد السلامم بك - قد بحث « ناحية الدستورى المصرى ومواده المسطورة ، وناقش نظرية فصل السلطات مناقشة كان التوفيق فيها حليفاً له فى مهارة وحذق ولباقة لم تترك قولا لقائل » . ومقال الدكتور عبد السلام ذهنى بك يعد من البحوث العلمية الفياضة المدعمة بالمراجع والأسانيد ، على ما فيه من وفر فى اللفظ وإمعان فى الاستطراد .

وإذا جاز لنا أن نقول كلمة فى رقابة القضاء على دستورية القوانين ، تعقيباً على هذين المقالين القيمين دون أن نردد ما جاء فيهما ، فنحن نبادر إلى القول أن القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع مما لايجوز الاحتجاج به . فإن هذا القضاء يتمسك بنصوص قديمة يراها تحرم عليه النظر فى دستورية القوانين ، ولا مقابل لهذه النصوص فى مصر . وقد آن لنا أن نتحرر من ربقة التقليد لما يقوله غيرنا دون أن يكون عندنا من النصوص أو الملابسات مثل ما عنده . وسنلقى مثلا آخر فى وجوب التحرر من ربقة التقليد عندما نعرض لبحث الاختصاص فى مسائل الجنسية ، ونرى ما جرت عليه التقاليد فى فرنسا مما يختلف اختلافاً بيننا عما عليه الحال فى مصر .

ويعنينا بعد ذلك أن نعود للاشارة إلى أن محكمة القضاء الادارى فى الحكم الذى أصدرته كانت تنظر فى دستورية مرسوم بقانون ، واستطردت من ذلك إلى دستورية القانون ذاته . ولو وقفت عند الحد الذى كانت تنظره لكان الأمر ميسراً إذ لاشك فى أن محكمة القضاء الادارى يجوز لها أن تلغى مرسوماً بقانون يكون غير دستورى ، لا لأن الدستور المصرى يشترط فى المرسوم بقانون ألا يكون مخالفاً للدستور كما ذهب إلى ذلك الدكتور عثمان خليل عثمان فى تعليقه المشار إليه ، فإن هذا الشرط واجب فى القانون دون الأول[1] فلأن المرسوم بقانون هو مظنة المخالفة

---

(١) على انه يجوز القول ان الدستور نص على وجوب الا يخالف القانون حكماً دستورياً عندما قرر فى المادة ٢٣ ان « جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور » .

للدستور ومن ثم حرص الدستور أن يبرز الشرط فى شأنه . ولكنا نجعل لمحكمة القضاء الادارى سبيلا على المرسوم بقانون تلغيه إذا رأته مخالفاً للدستور شكلا أو موضوعاً لأننا نأخذ فى الأوامر الادارية بالمميز الشكلى متبعين فى ذلك الرأى الراجح . فلا يخرج المرسوم بقانون إذن عن كونه أمراً إدارياً تنبسط عليه رقابة القضاء الادارى ، شأنه فى ذلك شأن الأوامر الادارية الأخرى .

فإذا كان المنظور أمام القضاء هو دستورية القانون ذاته - لا المرسوم بقانون - فنحن نرى أن القضاء ، إداريا كان أو عاديا ، لاتزال له الرقابة فى ذلك . ويقتضينا بيان هذا الرأى وجلاء ما يكتنفه من غموض وشبه أن نميز فى اختصاص الهيئة التشريعية بين الاختصاص المحدود (pouvoir lié) والاختصاص التقديرى (pouvoir diserétiooonnaire) . ونقول بهذا التمييز لا لنفرق فى الحكم بين الحالتين من حيث رقابة القضاء ، فرأينا أن للقضاء الرقابة فيهما جميعا ، بل لنبرز وجه الصعوبة فى هذا الموضوع الدقيق . والتمييز الذى نقول به لا يطابق التمييز فى القانون بين الشكل والموضوع . فالاختصاص المحدود لا يتناول القانون من حيث الشكل فحسب ، حيث يراقب القضاء دائما اختصاصا محدودا للهيئة التشريعية ومن اليسير عليه أن يسجل على هذه الهيئة مخالفتها للاجراءات والأوضاع التى نص عليها الدستور لسن القوانين ، بل يتناول أيضا القانون من حيث الموضوع وذلك فى بعض النواحى . ويكفى للتدليل على هذا أن نشير إلى المثل الذى أورده الدكتور السيد صبرى فى مؤلفه المشار إليه (ص ٦٧٠) : قانون صدر بأثر رجعى يقرر عقوبة على فعل لم يكن معاقبا عليه . لاشك فى مخالفة هذا القانون للمادة السادسة من الدستور وهى تقضى بألا عقوبة «إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها» . وهذه المخالفة موضوعية لا شكلية . ومع ذلك لا مجال للتردد فى رقابة القضاء على دستورية هذا القانون لأن اختصاص الهيئة التشريعية هنا محدود (Lié)لا تقديرى (diserétionnaire) . وحيث يكون الاختصاص محدوداً فالرقابة ميسرة . أما إذا كان الاختصاص تقديريا فهنا وجه الصعوبة فى المسألة . مثل ذلك قانون صدر لمكافحة الشيوعية ، فهل هو مخالف للمبدأ الدستورى الذى يكفل للناس حرية الرأى ؟ وهل يكون للقضاء حق الرقابة فى ذلك ؟ هنا نرى أن الهيئة التشريعية أصدرت

هذا القانون بموجب اختصاصها التقديرى ، إذ هى قدرت أن القانون لا يتعارض مع حرية الرأى . ذلك أن الهيئة التشريعية عندما تسن قانونا فالمفروض أنها تكون قد قدرت أنه صحيح دستوريا من الناحية الموضوعية . والقائلون بتحريم النظر فى دستورية القوانين من الناحية الموضوعية لايريدون أن يقولوا إن القانون الباطل من هذه الناحية يجبْ على القضاء بالرغم من ذلك أن يطبقه . فهذا قول لا تنهض به حجة . إنم يريدون القول فيما نحسب أن البرلمان إذا سن تشريعاً لابد أن يكون قد قدر صحته الدستورية من ناحية الموضوع . وهذا التقرير يجوز ـ إذا جاز استعمال هذا التعبير ـ قوة الشىء المقضى فيه بالنسبة إلى السلطة القضائية ، فلا تستيطع هذه أن تعيد النظر فى هذا التقدير . ولا ندلى بهذا القول اعتباطا ، فانه فى نظرنا أهم حجة يستند إليها أنصار المنكرين على القضاء حق الرقابة . وهذه محكمة استئناف مصر فى حكمها القوى الذى أسلفنا الاشارة إليه تقول فى معرض هذا الانكار : « وحيث أن الدستور إذ نص على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وعلى أن استعمال هذه السلطة يكون على الوجه المبين بالدستور (م ٢٣) فقد اختص هذه السلطة وحدها بالأعمال التشريعية . ولاشك أن واجبات هذه السلطة قبل إصدار تشريع ما أن تتحقق من مطابقته لنصوص الدستور وروحه عملا بالمادة ٢٣ المذكورة ، وما دام أن هذا البحث هو من اختصاص تلك السلطة ، فليس للمحاكم مراقبتها فيها وإعادة بحث القانون بعد صدوره لمعرفة ما إذا كان منطبقاً على نص الدستور او مخالفاً للمبادىء المقررة فيه ، وإلا كانت المحاكم خارجة عن حدود اختصاصها ومتدخلة فى أعمال السلطة التشريعية » .

وفى هذا الضوء الجديد نعود إلى التساؤل أيجوز للقضاء الادارى أن يراقب تقدير الهيئة التشريعية ؟ لاشك فى أن هذا لايجوز ، لا لأن التشريع عمل من أعمال السيادة فأغلب التشريعات كأغلب الأوامر الادارية لاتعتبر من أعمال السيادة ، ولا لأن اختصاص الهيئة التشريعية تقديرى إذ هنا يستوى الاختصاص التقديرى والاختصاص المحدود ، ولكن لأن القضاء الادارى إنما يلغى الأوامر الإدارية دون الأوامر التشريعية (أى القوانين) . على أن الحجة مجالها محدود ، فهى مقصورة على الحالة التى ترفع فيها دعوى بطلان التشريع من طريق أصلى . لكن إذا تمسك الخصم ببطلان

تشريع من طريق الدفع لا من طريق أصلى ، وطلب إلى القضاء الادارى ، لا أن يبطل التشريع ، بل أن يمتنع عن تطبيقه ، أفلا يجوز لهذا القضاء أن يمتنع عن تطبيق تشريع يراه فى تقديره باطلا من الناحية الموضوعية ، ولو خالف فى تقديره هذا تقدير السلطة التشريعية ، وعارض تقديرا بتقدير ؟ الحق أنه لايوجد ، لا فى نصوص الدستور المصرى ولا فى المبادىء العامة حكم يقضى بأن تقدير البرلمان لصحة التشريع دستوريا من الناحية الموضوعية هو تقدير ملزم للسلطة القضائية ، لاسيما بعد أن قضى على التفرقة ما بين السلطة المحدودة والسلطة التقديرية لجهة الادارة من حيث رقابة القضاء وأصبح كل من السلطتين خاضعا لهذه الرقابة . وإذا قيل إن مبدأ الفصل بين السطات يقضى بذلك ، أمكن الرد على هذا القول بأن القضاء وهو يراقب تقدير البرلمان لايقوم بعمل تشريعى حتى يقال إنه تدخل فى شؤون السلطة التشريعية ، ولكن يقوم بعمل قضائى هو تعرف القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح أمامه . والمبدأ الدستورى المنطبق على حالتنا هذه هو المبدا القاضى بأن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين فى الدستور . والبرلمان قد خالف هذا المبدأ إذ أصدر تشريعا يتعارض مع الدستور والقضاء إنما يسجل على البرلمان هذه المخالفة . وما لم يوجد نص فى الدستور ذاته ينهى القضاء عن النظر فى دستورية القوانين ، جاز للقضاء - بل وجب عليه - أن يمتنع عن تطبيق تشريع يكون فى تقديره هو باطلا لمخالفته للدستور .

يستوى فى هذا النظر القضاء الادارى والقضاء العادى . وإذا قيل إن هذا لايملك إلغاء الأمر الادارى فأولى به ألا يملك إلغاء الأمر التشريعى ، رد على هذا القول بأنه لايلغى أمرا تشريعيا ولايحكم ببطلانه ، وإنما هو يقتصر على الامتناع عن تطبيقه فى قضية بالذات .

* * *

وننتقل إلى البحث الثانى . وقد تناوله الأستاذ الكبير عبده بك محرم المستشار بمجلس الدولة فى موضوع هو أيضاً من أدق موضوعات القانون الادارى ، وهو موضوع «سحب القرارات الادارية الفردية» أو كما نؤثر نحن أن نقول «الرجوع فى القرارات الادارية الفردية» . والموضوع من صنع القضاءء الادارى فى فرنسا ، رسم معالمه مجلس الدولة الفرنسى ، وحدد مداه . والمقال يبين ذلك فى دقة ووضوح ، ويتابع

النظرية فى مراحل تطورها، ويصعد إلى مصادرها الأولى من قضاء وفقه، ويورد طائفة قيمة من أقوال كبار رجال الفقه فى فرنسا، ويستخلص أصل القاعدة، ويرتب عليها نتائجها المنطقية، إلا ما رآه منها يتجافى مع الاعتبارات العلمية. كل ذلك فى أسلوب سهل، وبيان واضح، ومنطق مستقيم.

وقد حدد الباحث موضوع بحثه تحديداً صحيحاً، فقصره على القرارات الادارية التى تنشىء أوضاعا لمصلحة الأفراد وتكون قد صدرت مخالفة للقانون. فيجوز لمن أصدرها أن يرجع فيها، ويكون للرجوع أثر رجعى.

ونلاحظ بادىء الأمر أن القرار الادارى إذا صدر غير مخالف للقانون فلا سبيل للرجوع فيه. والرجوع فى هذه الحالة هو ذاته قرار إدارى مخالف للقانون، يجوز الطعن فيه أمام القضاء الادارى بطريق الالغاء، بل يجوز الرجوع فى هذا الرجوع من الجهة الادارية التى صدر منها الرجوع الأول.

ويناقش الباحث الأساس الذى يمكن الاستناد إليه لتبرير حق الادارة فى أن ترجع فى قراراتها المخالفة للقانون، فيرده إلى وجوب التوفيق بين مبدأين متعارضين: وجوب احترام القانون بإلغاء القرارات المخالفة له من جانب، واستقرار الأوضاع التى كسبها الأفراد بهذه القرارات من جانب آخر. والتوفيق لايكون إلا من طريق جواز الرجوع فى هذه القرارات إرضاء لجانب القانون، وقصر الرجوع على مدة معقولة إرضاء لجانب الاستقرار. والمدة المعقولة التى يجوز فيها الرجوع لايمكن أن تكون إلا المدة التى يجوز فيها طلب إلغاء القرار قضاء، فتتحد مدة الالغاء الادارى مع مدة الالغاء القضائى، وبانقضاء هذه المدة يمتنع إلغاء القرار إطلاقا عن طريق قضائى أو عن طريق إدارى، فتستقر الأوضاع بذلك استقرارا نهائياً. والمزية فى اختيار مدة الإلغاء القضائى، وعدتها ستون يوما، لتكون مدة للالغاء الادارى هى أن هذه المدة قام القانون ذاته بتحديدها.

ويعزز الباحث هذه الحجج بحجة جديدة هى أن القانون لم يجعل للادارة حق الطعن بالالغاء فى قراراتها الباطلة أمام القضاء، ولا يفهم ذلك إلا على أساس أن الادارة ذاتها هى التى تتولى إلغاء قراراتها الباطلة.

وعرض المسألة على هذا الوضع عرض جارى فيه الباحث مجلس الدولة الفرنسى فى نقطة الابتداء . «فقد ذهب قضاء مجلس الدولة ـ كما يقول الباحث ـ إلى عدم جواز الرجوع فى هذا القرار (أى القرار الباطل) ، وبذلك لم يكن يجوز حرمان شخص من مزية كسبها من قرار إدارى مخالف للقانون إلا إذا حصل شخص آخر له مصلحة على حكم بإلغاء ذلك القرار » . فالأصل إذن عند مجلس الدولة الفرنسى هو عدم جواز الرجوع فى القرار الباطل ، والرجوع فيه هو الاستثناء ، ولأنه استثناء فقد قصر على مدة محدودة . ولكن أليس فى هذا قلب للأوضاع القانونية ؟ وهل حقاً أن الأصل هو عدم جواز الرجوع فى القرار الباطل ؟ أم الصحيح أن الأصل هو جواز الرجوع فيه ؟ بل وجوب الرجوع فيه ؟ إذ القرار الباطل ، وفقا لمنطق القانون ، لا ينتج أثراً ولا يقيد الجهة الادارية التى أصرته ، فهى تستطيع الرجوع فيه أى وقت تشاء ، خلال ستين يوما أو بعد إنقضاء هذه المدة . ولا هى تحتاج فى ذلك لأن تلتجىء إلى القضاء لالغاء قرارها الباطل ، بل المتظلم من القرار هو الذى تقوم به هذه الحاجة . فمجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الأول ـ عندما كان لايجيز الرجوع إطلاقا فى القرار الباطل ـ كان متحكما هنا أيضاً ـ وذلك ابتغاء الاستقرار . ومجلس الدولة الفرنسى كان فى كل هذا أقرب إلى المشرع منه إلى القاضى ، جريا على سنته فى كثير من المسائل .

ولعل هذا الوضع المنطقى السليم الذى نعرضه يجلو الغموض الذى أحاط ببعض التطبيقات التفصيلية فى هذه المسألة . فهناك قرارات إدارية باطلة صدرت قبل إنشاء مجلس الدولة ، وقرارات أخرى باطلة صدرت بعد إنشاء المجلس ولكنها غير قابلة للطعن فيها ، أو هى قابلة للطعن ولكن لا مصلحة لأحد فى ذلك . فهذه كلها قرارات لا ينفتح فيها ميعاد للطعن . فهنا يحرم الرجوع فى هذه القرارات إذ يمتنع فيها الالغاء القضائى ، أو يجوز الرجوع فيها لأن الأصل هو الرجوع فى القرارات الباطلة كما سبق القول ؟ نحسب أن الرأى الثانى هو الذى يتفق مع الوضع المنطقى السليم الذى عرضناه . ويبقى بعد ذلك أن ننظر فيما إذا كان من الملائم تحديد مدة لجواز الرجوع فى هذه القرارات الباطلة أرضاء لجانب الاستقرار فى الأوضاع القانونية الظاهرة ؟ وإذا كان من الملائم تحديد مدة

للرجوع فهل تكون هى الستين يوما المحددة لطلب الالغاء القضائى فى القرارات الباطلة؟ وإذا اخترنا هذه المدة ألا يجوز الاعتراض على ذلك بأنها مدة جارينا فى تحديدها مدة الألغاء القضائى فى قرارات غير قابلة لهذا الالغاء، فتكون الحكمة من هذه المجاراة منتفية؟ هذه كلها صعوبات لابد فيها، عند انعدام النص التشريعى، من قضاء كقضاء مجلس الدولة الفرنسى يشرع أكثر مما يقضى.

ونعود إلى المقال. فهو بعد أن استعرض المبادىء الأساسية فى الموضوع، تناول كثيراً من التفصيلات العلمية والعملية، فاستوعب موضوعا نراه فى وضعه الحاضر مشتتا فى أماكن منفرقة، مبعثراً بين كثير من المراجع، بل هو فى المرجع الواحد نراه موزعا على أبواب مختلفة. فخدم بهذا العرض الجامع الشامل فقه القانون الادارى خدمة جليلة مشكورة، وبخاصة فيما أورده من التفصيلات العملية. كرجوع الادارة فيما تعطيه من رخص، وكالرجوع فى عقود الالتزام، وكتعيين السلطة الادارية التى يكون لها حق الرجوع فى القرار الباطل، وكالرجوع فى قرار باطل بمقتضى قانون يسن لذلك.

ولعل ميل الباحث إلى الاستقصاء والامعان فى ذلك هو الذى ساقه إلى معالجة مسائل لاتظهر بوضوح فائدتها العملية، وإن كانت لاتخلو من الأهمية العلمية. مثل ذلك التمييز فى القرارات الباطلة بين قرار باطل بطلاناً مطلقاً وقرار باطل بطلاناً نسبياً، وهو تمييز إن صح القول به فى القانون الادارى على غرار القانون المدنى فإنه فى حاجة إلى كثير من التمحيص، وهو على كل حال، كما يقول الباحث نفسه، (بحث واسع يستأهل أن يكون وحده موضوعاً لبحث أخر مستقل).

على أن هذه المتابعة العلمية، على ما فيها من مزالق، ألقت ضوءاً جديداً على مسألة بدا فيها شذوذ فى مجلس الدولة الفرنسى، وهى مسألة فصل الموظفين. فقد استقر قضاء المجلس على جواز الرجوع فى قرار الفصل حتى لو كان هذا القرار غير مخالف للقانون. وأحسب أن الباحث قد حالفه التوفيق عندما ربط هذه المسألة بالمبدأ الذى لا يجيز للادارة أن ترجع فى قرار إدارى صحيح استعمالا لسلطتها التقديرية، فقال فى هذا الصدد: (ولعل هذه هى الحالة الوحيدة التى سوى فيها مجلس الدولة بين مخالفة القرار للقانون وعدم الملائمة من حيث جواز السحب، لأنه إذا تقرر

سحب القرار بالفصل رغماً عن مطابقته للقانون ، فإنما يكون ذلك لأن الادارة استعملت سلطتها التقديرية ورأت أنها أخطأت فى الفصل) . وهذا التخريج لا شك فى أنه تخريج حسن .

والأن وقد فرغنا من متابعة هذا البحث القيم لا يسعنا إلا أن نسجل فى هذه المناسبة لمجلس الدولة الفرنسى ابتداعه لنظرية (الرجوع فى القرار الادارى) . فهذه النظرية هى كما أسلفنا القول ، من صنعه ، وهى حسنة من حسناته الكبرى أراد بها أن يوفق بين الاعتبارين المتعارضين اللذين سبقت الاشارة إليهما . ويتبين لدى النظر مبلغ ما انطوى عليه هذا القضاء من قوة فى الابتداع وقدرة على الخلق والانشاء . فهو قد احترم المركز الظاهر ولو كان باطلا ، وجعل استبقاءه هو الأصل والرجوع فيه هو الاستثناء . ولعله سار فى ذلك على القاعدة الأصولية المعروفة : من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . ولا نحسب أن القضاء المدنى كان على هذا القدر من الجرأة ، حتى فى احترامه لحقوق الوارث الظاهر ، وحتى فى أخذه بالارادة الظاهرة ،وحتى فى حمايته للغير فى العقد الصورى .

ومهما يكن من أمر فقداستقر القضاء الادارى فى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .فلا يجوز للادارة أن ترجع فى الامر الباطل إلاخلال انفتاح مواعيد الطعن أو إذا رفع الطعن فعلا أمام القضاء . ويبدو أن الرجوع جائز ما دامت مواعيد الطعن سارية ، حتى لو انقطعت بتظلم إدارى فطالت بهذا الانقطاع . ويبدو كذلك أن الرجوع جائز مادام الطعن مرفوعاً أمام القضاء وذلك إلى وقت النطق بالحكم[1] .

---

(١) فاذا رجعت الجهة الادارية فى القرار الادارى وباب المرافعة لا يزال مفتوحاً ، فانه يغلب أن ينزل المدعى عن دعواه والا اعتبرت الخصومة منتهية . وإذا كان الرجوع بعد إقفال باب المرافعة وقبل النطق بالحكم ، جاز لأى من الخصمين طلب فتح باب المرافعة من جديد ، حتى إذا اجيب هذا الطلب نزل المدعى عن دعواه أو طلبت الادارة اعتبار الخصومة منتهية . ويشكل الأمر إذا لم يفتح باب المرافعة فى هذه الحالة وصدر الحكم برفض الطعن . ولذلك يكون من الأوفق تحريم الرجوع فى القرار الادارى من الوقت الذى يقفل فيه باب المرافعة ، فاذا فتح باب المرافعة من جديد عاد للادارة حق الرجوع .

وشاء القضاء الادارى فى مصر أن يتابع القضاءالفرنسى فى هذه الخطوة الجريئة ،فأخذ بالنظرية كاملة . وهذا حكم أصدرته محكمة القضاء الادارى فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ (مجموعة عاصم ١ ص ٣٤٣) جاء فى أسبابه ما يأتى : (يشترط أن يحصل هذا السحب فى ميعاد الستين يوما المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من قانون إنشاء مجلس الدولة . فإذا انقضى هذا الميعاد إكتسب القرار حصانة نهائية تعصمه من أى إلغاء أو تعديل من جانب الادارة ، وأصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار بحيث يعتبر الاخلال بهذا الحق بقرار لاحق مخالفة للقانون يعيب هذا القرار الأخير ويبطله . وعلة ذلك ظاهرة إذ تقوم على اعتبارين : أولهما ضرورة التوفيق فى إصلاح ما انطوى عليه قرارها من مخالفة للقانون ووجوب استقرار الحالة القانونية القائمة على هذا القراراستقراراً يصمه من كل تغيير أو تعديل . وثانيهما مراعاة الاتساق بين الميعاد الذى يجوز فيه لأصحاب الشأن طلب إلغاء القرارات الادارية بالطريق القضائى وبين الميعاد الذى يجوز للادارة فيه سحب قرارها حتى يتم الاستقرار بعد مضى زمن واحد).وقد عزز هذا الحكم أحكام أخرى تؤيده ، أخرها حكمان لما ينشرا ، صدر كل منهما فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مشتملا فيما ورد فيه من أسباب على السبب الاتى : «ومن حيث أن القاعدة فى سحب الجهة الادارية للقرار الادارى المخالف للقانون أو تعديله حسبما جرى عليه قضاء هذه المحكمة هو أن يتم السحب والتعديل خلال ميعاد الستين يوماً المنصوص عليه فى قانون مجلس الدولة لرفع الدعاوى من جانب الافراد بإلغاء القرارات الادارية ، تقريراً للمساواة فى الحكم ، ومراعاة للمعادلة بين مركز الحكومة ومركز الأفراد إزاء القرار الادارى وليكون له حد يستقر عنده ويكتسب فيه حصانة تعصمه من التغيير والتبديل » .

= هذا ونميل إلى القول بأنه يمتنع الرجوع فى قرار لم يطعن فيه بالالغاء ، بل اقتصر المدعى فى شأنه على المطالبة بالتعويض أمام القضاء الادارى أو القضاء العادى . لأن القرار هنا غير مهدد بالالغاء بل هو يبقى قائماً حتى لو قضى بالتعويض ، ولأنه لو جاز الرجوع فى هذه الحالة لظل باب الرجوع مفتوحا مدة خمس عشرة سنة ، وهى المدة التى تجوز فيها المطالبة بالتعويض ، وفى هذا تعارض مع الاستقرار الواجب للأوضاع الظاهرة .

فقضاؤنا الادارى إذن قد استقر على القضاء الادارى فى فرنسا . وهو يحذو حذوه فى أنه قرر مبدأ هو أقرب إلى التشريع منه إلى القضاء ، إذ يواجه بذلك نفس الاعتبارات العملية التى واجهها القضاء الفرنسى .

ولكن أتراه يسير فى هذا الطريق إلى النهاية ؟ ألا يجوز أن يميز من بين القرارات الباطلة قرارا لا وجود له لعيب جوهرى فى الشكل ، أو لصدوره من جهة ظاهر عدم اختصاصها ، أو لغير ذلك من العيوب الجوهرية الظاهرة ، فيجيز للادارة أن ترجع فى أى وقت فى مثل هذا القرار مطاوعة لمنطق قانونى يصعب الخروج عليه ؟

* * *

والبحث الأخير ، وقد عرض للاختصاص فى مسائل الجنسية ، قام به الأستاذ الكبير مصطفى كامل اسماعيل النائب الأول بمجلس الدولة وسكرتير هذه المجلة . وهو بحث قيم ، استقصى صاحبه فيه مختلف المراجع ، وأحسن انتقاءها ، فالبحث غنى بآراء الفقهاء ، وأحكام القضاء ، ونصوص القوانين والنظم ، والأعمال التحضيرية الخاصة بموضوع الجنسية فى القانون الفرنسى ، وهى كثيرة متشعبة .

وقد جاء هذا البحث فى وقته المناسب ، فإن الاختصاص فى مسائل الجنسية هو حديث اليوم . وقد قدمت الحكومة لمجلس الشيوخ مشروع قانون يعيد تنظيم الجنسية المصرية ، وقررت لجنة المجلس أن تجعل الاختصاص فى هذه المسائل لمحكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة . والأمر معروض على مجلس الشيوخ . ومن ثم سيكون اختصاص مجلس الدولة بمسائل الجنسية هو موضوع البحث فى القريب العاجل . لذلك كانت الدراسة التى قام بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل فى هذا الموضوع ، وهى دراسة دقيقة قيمة ، قد أتت فى أوانها . وسينتفع بها دون شك من سيقع على عاتقهم تمحيص هذا الموضوع الهام من الشيوخ والنواب . بل هى فوق ذلك قد أسدت خدمة جليلة للباحثين من المشتغلين بالقانون .

وقد بين الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل فى وضوح وجلاء أن الجنسية علاقة تربط الفرد بالدولة ، فهى علاقة من علاقات القانون العام وتدخل فى دائرة هذا القانون . وفند الرأى القائل بأن الجنسية تتعلق

بالقانون الخاص على اعتبار أنها عنصر من عناصر الحالة المدنية للأشخاص. وخلص من بحثه إلى أن الاختصاص فى مسائل الجنسية يجب أن يكون للقضاء الإدارى لأن هذا القضاء يهيمن بطبيعته على تطبيق القانون العام. ولا شك فى أن الحجج التى تقدم بها فى كل ذلك هى من أقوى الحجج وانفذها إلى مواطن الاقتناع. وقد وفق التوفيق كله فى أن يسوق هذه الحجج القوية فى منطق سليم وتحليل دقيق. ولعل باحثاً فى مصر لم يتناول موضوع الاختصاص فى مسائل الجنسية بمثل القوة التى تناوله بها الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل، ولا بمثل هذه الإحاطة الشاملة التى استقصت شوارد الموضوع فلمت شعثها وجمعت شتاتها.

ونحن لا يسعنا إلا أن نؤمن على كل ما جاء فى هذا البحث القيم. فإنه لا يوجد فى علاقات القانون العام ما هو أدق اتصالا بالدولة من انتماء الفرد إليها برابطة الجنسية. ولا عبرة بما يجرى عليه العمل فى فرنسا. فقد بين الباحث فى مقاله أن العقيدة الخاطئة التى سار عليها الفرنسيون لا يفسرها إلا وضع هو أيضاً خاطىء، إذ جاءت النصوص التى تنظم الجنسية فى ثنايا نصوص القانون المدنى الفرنسى. على أن هذا الوضع لم يمنع محكمة النقض الفرنسية أن تقرر غير مرة أن الجنسية من علاقات القانون العام. بل إن هذا الوضع الخاطىء ذاته قد ارتفع منذ صدر فى فرنسا قانون للجنسية منفصلا عن القانون المدنى.

ونرتب على أن الجنسية من علاقات القانون العام، أنه لا توجد جهة قضائية فى مصر، وفقاً للنظم القضائية القائمة، تختص بالنظر فى مسائل الجنسية إذا أريد رفعها أمام القضاء بصفة أصلية. فالمحاكم العادية لا تختص بهذا النظر لأنها لا تنظر فى علاقات القانون العام، بل تنظر فى المسائل المدنية والجنائية. ولذلك كانت أحكامها ذات حجة نسبية لا تحوز قوة الشىء المقضى إلا بالنسبة الى الخصوم فى الدعوى. ومحاكم الأحوال الشخصية لا تختص أيضاً بالنظر، إذ الجنسية ليست من مسائل الأحوال الشخصية حتى تدخل فى دائرة إختصاصها. ومحكمة القضاء الإدارى، وإن كانت أقرب الجهات القضائية إلى هذا الاختصاص، هى أيضا غير مختصة، لأنها لم تصبح بعد صاحبة الولاية العامة فى جميع المنازعات

الإدارية ، ولا تنظر إلا مسائل حددت على سبيل الحصر ، والنزاع فى الجنسية لم يدخل بعد فى هذه المسائل .

أما إذا رفعت مسائل الجنسية إلى القضاء بصفة تبعية ، فإن كلا من القضاء الإدارى والقضاء العادى يكون مختصاً . ويأتى اختصاص القضاء الإدارى من أن المادة ٢١ من القانون الجنسية تقضى بأن « يعطى وزير الداخلية كل ذى شأن شهادة بالجنسية المصرية » . فإذا امتنع الوزير عن إعطاء هذه الشهادة لشخص يستطيع أن يثبت جنسيته المصريه ، كان لهذا أن يطلب من محكمة القضاء الاءدارى إلغاء قرار الامتناع ، فتنساق المحكمة إلى بحث جنسيته تبعاً للخصومة الأصلية . وكذلك يتحقق اختصاص القضاء الاءدارى على هذا الوجه ، لو أن قراراً إدارياً صدر بابعاد مصرى إلى الخارج ، فطعن هذا فى القرار لمخالفته للدستور . ولا يجوز الاعتراض على إثبات هذا الاختصاص للقضاء الإدارى بدعوى أن قانون المرافعات الجديد فى المادة ٩٩ أوجب تدخل النيابة العامة فى كل قضية تتعلق بالجنسية والنيابة لا تستطيع التدخل أمام القضاء الاءدارى لا نعدام ولايتها بالنسبة إلية . فإن هذا الاعتراض مردود بأن النص الذى يقضى بتدخل النيابة فى قضايا الجنسية لا تخاطب به غير المحاكم العادية ، فهى وحدها التى تلتزم تطبيقه إذا ما رفعت أمامها قضية من قضايا الجنسية بصفة تبعية . أما محكمة القضاء الاءدارى ، فهى وإن كانت تطبق كمبدأ عام نصوص قانون المرافعات ، إلا أنها لا تطبق من هذه النصوص ما يتعارض مع قانونها أو مع طبيعة نظامها . والنص الذى يوجب تدخل النيابة فى قضايا الجنسية يتعارض مع طبيعة نظام محكمة القضاء الاءدارى لأن النيابة العامة لا ولاية لها أمام هذه المحكمة . ولا تثبت لها الولاية إلا بنص خاص فى القانون ، وقد وضع هذا النص فعلا فى مشروع قانون الجنسية الذى قدم إلى مجلس الشيوخ وهو المشروع الذى سبقت الاءشارة إليه . ولو أن نظام « نائب الدولة » (commissaire du gouvernement) المعروف فى القضاء الاءدارى الفرنسى كان قائماً فى مصر لأغنى عن تمثيل النيابة العامة فى قضايا الجنسية .

ويتبين مما تقدم أنه إذا كان هناك نقص فى التشريع المصرى القائم ، فهذا النقص لا يرجع إلى سكوت التشريع عن تعيين محكمة مختصة ينظر

قضايا الجنسية بصفة تبعية . فإن هذا الاختصاص ثابت لكل من القضاء الادارى والقضاء العادى كما قدمنا . ولكن النقص يبدو جلياً إذا بحثنا عن جهة قضائية تكون مختصة بنظر قضايا الجنسية إذا ما رفعت بصفة أصلية . وثبوت هذا الاختصاص الأصيل لجهة قضائية معينة من الأهمية بمكان كبير ، فإنه يمكن لكل ذى مصلحة من إثبات جنسيته المصرية بطريق مباشر ، ويركز قضايا الجنسية فى جهة قضائية واحدة حتى لا تتعارض الأحكام فى هذا الموضوع الخطير إذا تعددت الجهات المختصة كما هى الحال فى الوقت الحاضر بالنسبة إلى الاختصاص التبعى .

وهذا ما تكفل به مشروع القانون القديم إلى مجلس الشيوخ . فقد قررت لجنة الشيوخ كما قدمنا أن تكون قضايا الجنسية من اختصاص محكمة القضاء الادارى وأن ترفع هذه القضايا فى مواجهة وزير الداخلية وتمثل فيها النيابة العامة . وهذا هو النص الذى وافقت عليه اللجنة وتقدمت به إلى مجلس الشيوخ : « تختص محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة بالنظر فى جميع الدعاوى التى ترفع لاثبات الجنسية المصرية أو الطعن فى القرارات الصادرة فى شأن هذه الجنسية . وترفع الدعاوى فى مواجهة وزير الداخلية ، وتمثل فيها النيابة العامة » .

وقد حالف التوفيق لجنة الشيوخ فيما صنعت . فإن جهة الاختصاص الطبيعية فى قضايا الجنسية التى ترفع بصفة لايجوز أن تكون إلا جهة القضاء الادارى ما دام هذا القضاء قد وجد . ولم يكن المشرع المصرى يملك إلا أن يجعل محكمة القضاء الادارى هى المختصة . ولو فعل غير ذلك لناقض طبيعة الأشياء .

فالجنسية من علاقات القانون العام كما قدمنا ، ومحكمة القضاء الادارى هى التى تنظر فى هذه العلاقات .

والخصم فى قضايا الجنسية التى تنظر بصفة أصلية هى الاءدارة ، ومحكمة القضاء الإدارى هى الجهة التى تختصم الإدارة أمامها .

والحكم الذى يصدر فى قضايا الجنسية يجب أن يكون أثره مطلقا يحتج به على الكافة ، ومحكمة القضاء الاءدارى هى التى تصدر مثل هذه الأحكام .

بقى علينا ، وقد انتهينا من التعقيب على البحوث المنشورة فى المجلة ، أن نقول كلمة موجزة فى مجلس الدولة المصرى نسجلها فى مناسبة صدور هذا العدد الأول .

قام مجلس الدولة فى مصر على غرار مجلس الدولة فى فرنسا يجمع بين الفتيا والتشريع والقضاء . واقتبست له نظم تقرب من النظم الفرنسية .ولكن هناك أمران جوهريان يختلف فيهما المجلسان أحدهما عن الآخر :

(**الأمر الأول**) أن مجلس الدولة فى فرنسا نشأ نشأة تدرجت فى التطور . وقد قطع مراحل حافلة بالتقلبات ، زاخرة بالأحداث ، تتعاقب تارة فى هوادة واسترخاء ، وأخرى فى اضطراب وعنف . وكان قضاؤه فى مبدأ الأمر ضرباً من ضروب الفتيا يتقدم بها إلى السلطة العليا فى الادارة العاملة لتقرها قبل أن تنفذ . ثم أخذ يستكمل سلطانه فى القضاء فى كثير من التؤدة ، يمشى خطوة ويتعثر أخرى ، ولم يبلغ أشده إلا فى سنة ١٨٧٢ ، حين تحول سلطانه المقيد فى القضاء إلى سلطان مطلق .

أما مجلس الدولة فى مصر فقد ولد كامل التطور . وإذا كانت لجنة القضايا سبقته فعبدت له الطريق فى الفتيا والتشريع ، فليس الأمر كذلك فى القضاء ، إذ لم يكن لمصر جهة قضاء إدارى قبل وجود مجلس الدولة ، إلا إذا شئت أن تطلع على قضاء التعويض ، الذى كانت المحاكم العادية ـ ولا تزال ـ مختصة به ، قضاء إداريا .

فليس إذن لمجلس الدولة فى مصر ما لمجلس الدولة فى فرنسا من ماض طويل حافل بالشدائد وبالأمجاد . وإذا تلفت المجلس الفرنسى قليلا إلى الوراء ، وجد من تقاليده العتيدة ومن ماضيه المجيد سنداً يعتمد عليه ، ومن قضائه المضطرد فى الاستقرار ذخيرة يفيد منها ، فهو مجلس هذبته الشدائد ، وأنضجته التجارب ، وأصبح قطعة لا تفصل من النظام الادارى الفرنسى .

(**والأمر الثانى**) أن مجلس الدولة فى فرنسا نشأ فى أحضان السلطة التنفيذية . الأصل فى نشأته أن الإدارى فى عهد الثورة الفرنسية أرادت أن تتحرر من ربقة القضاء . وكان القضاء فى عهد الملكية القديمة يعوق الإصلاح الإدارى من جراء تدخله المستمر فى أعمال الادارة . فلم تغب

عن رجال الثورة هذه الذكريات البغيضة، ونحوا باسم المبدأ المعروف بفصل السلطات القضاء عن أن ينظر فى المنازعات الإدارية، وصارت الإدارة نفسها هى القاضية فى هذه المنازعات. ولكن لم يلبث الأمر أن تكشف عن وضع غير سليم، فالإدارة وهى خصم أصبحت حكما لا يؤمن تحيزه. ومن ثم أنشىء مجلس الدولة فى دستور السنة الثامنة من عهد الثورة، وأريد به الفصل ما بين الإدارة العاملة (administration active)، والإدارة القاضية contentieuseadministration حتى يتخصص فى الإدارة رجال ينصرفون إلى نظر المنازعات الاعدارية هم قضاة الإدارة ومفتوها ،وبقيت الاعدارة تحتضن مجلس الدولة، وتعتز به، وتستعين بكفايات رجاله العالية فى القضاء والفتوى والتشريع. بل لقد بلغ من اعتزاز الإدارة بمجلس الدولة أن كانت الحكومات التى ركزت السلطان فى يديها (gouvernements d'autorité) فى عهود الامبراطورية الأولى فالملكية التى أعقبها فالامبراطوية الثانية، ترى فى مجلس الدولة تكئة تستند إليها فى الانتقاص من سلطان البرلمان والخفض من شأنه. وكانت هذه الحكومات.وهى تجنح إلى أن تكون مستبدة عادلة .تستعين فى أداء العدل بمجلس الدولة، يغنيها عن البرلمان، سواء فى أمور التشريع وقد ملك زمامها وأصبح فيها صاحب الرأى الأول، أو فى حماية الحقوق والحريات العامة وقد عرف الشعب فيه الملاذ الذى يعوذ به، ويلاحظ فقهاء القانون الادارى فى فرنسا أن العهود الزاهرة لمجلس الدولة هى عهود هذه الحكومات، وأن المجلس كان يتقدم خطوة خطوة بفضل رعايتها .فكلما قامت حكومة فى فرنسا تريد أن تمسك زمام الأمور فى يديها تلفتت إلى مجلس الدولة، وأفسحت له الطريق، وزادت فى سلطاته، حتى يكون للشعب منه متنفس عند الضيق فلا يجنح إلى الثورة. فمجلس الدولة فى فرنسا كان إذن ربيب السلطة التنفيذية، نما وترعرع فى أحضانها، بل إن هذه السلطة أقامت منه منافساً قوياً لسلطان البرلمان.

أما مجلس الدولة فى مصر فأمره يختلف عن ذلك بل هو العكس من ذلك. فقد نشأ فى أحضان البرلمان، ورأت فيه السلطة التنفيذية منافساً لها. ولا أجد أبلغ فى هذا الصدد مما يقوله الأستاذ الجليل عبد الحميد بدوى باشا فى مقاله القيم المنشور فى هذا العدد، وهو المقال الذى سبق التنويه به. فقد ذكر مشروعاً لانشاء مجلس الدولة تقدمت به لجنة القضايا

إلى مجلس الوزراء فى عام ١٩٤١ وعلق على هذا الحادث بما يأتى:
«لم يكد هذا المشروع ينشر فى الصحف حتى ثارت عاصفة من النقد والاعتراض، وصف فيها مجلس الدولة بأنه دولة فى دولة. وأنه سلطة رابعة إلى جانب السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، بل سلطة فوق السلطات (superpouvoir) وأن السلطة التنفيذية ستصبح داخلة فى وصايته، وأنه بما يملكه من إبطال القرارات الادارية سيخل بالمسئولية الوزارية أمام البرلمان، وأنه سيسلب مجلس الوزراء سلطته فى التأويل التشريعى الذى تخوله إياها القوانين، وحقه فى فض المنازعات التى تقوم بين الوزارات، ويفسد أمور الموظفين واستقامة العمل فى المصالح، بل إنه سيعتدى على اختصاص المحاكم، وأنه ستتركز فيه سلطات لم تمنح لأحد أو لهيئة من قبل. فإنشاؤه من أجل ذلك كله مخالف للدستور. ولا أدرى أهذه الخصومة أملتها الأهواء الحزبية ممن يرى أن إنشاء مثل هذه الهيئة نوع من تسميم الآبار. أم أملاها خوف الجديد، أو الحرص على الاحتفاظ بالسلطة الادارية ومستلزماتها كاملة. على أن هذه الصيحات لم تكن لتحول دون المضى فى إنفاذ المشروع لو لم نجد لها صدى بين الوزراء أنفسهم، فإن مجرد الشعور بأن عملا إدارياً ينسب إلى الوزير أو إلى رئيس مصلحة سيمكن أن يعرض للنقد والتجريح فى المحاكم، وأن الحكم بمخالفته للقانون سيستتبع القضاء بتعويض تدفعه خزانة الحكومة، بل قضاء بإبطال ما يمس كرامة الحكام وهيبة الادارة، أثار نفور الكثير منهم من المشروع. لذلك رؤى من الخير التربص إلى فرصة أخرى تكون النفوس قد تهيأت فيها لقبول هذه البدعة. ولعلنا كنا ننتظر طويلا لو لم يقيض الله لمشروع سنة ١٩٤١ فاضلا من أفاضل النواب ممن صح إيمانهم بالمصلحة العامة، ووهب الشجاعة والقدرة على الدفاع عن رأيه، فتبناه وقدمه على أنه اقتراح من أحد أعضاء البرلمان حينذاك رأت الحكومة من الأولى أن يكون الأمر بيدها، فقدمت مشروعاً يبدو أنه هو الذى جرت عليه المناقشة، وانتهى الأمر بإقرارا قانون سنة ١٩٤٦».

إذن لم تكن السلطة التنفيذية فى مصر مقبلة على إنشاء مجلس الدولة، بل إن مشروع إنشائه أخذ يتعثر فى خطاه، وهو يتقدم من جهة إلى جهة، حتى وصل إلى مجلس الوزراء فنام بين ملفاته نوما عميقاً. ولم يستيقظ

إلا على صوت «فاضل من أفاضل النواب» ، أخذه فى يده ، وتقدم به على أنه اقتراح من أحد أعضاء البرلمان . فالسلطة التنفيذية كانت ترى فى مجلس الدولة منافساً خطيراً يشاطرها سلطانها فى الادارة ، بل لعله يصبح وصياً عليها إذ هو يلغى قراراتها وإليه ترجع أمور الموظفين . أما البرلمان ، وفاضل من أعضائه هو الذى تقدم إليه بالمشروع ، فقد رحب به ترحيباً كبيراً . ولم يسع السلطة التنفيذية إلا أن تجارى هذا الشعور النبيل ، «ورأت من الأولى أن يكون الأمر بيدها» ، فقدمت مشروعا .

ولم تقتصر الحال على الادارة ونظرها على هذا النحو إلى مجلس الدولة وقد كان هذا متوقعاً ، بل إن الأمر الذى لم يكن فى البال ، هو أن الجهة القضائية - بعد أن تقرر إلحاق المجلس بوزارة العدل - وجدت هى أيضاً فى مجلس الدولة خديناً لا يستخف ظله ، فلم تفتح ذراعيها لتضم صدرها هذا المولود الجديد ، ولم تنظر إليه نظرة الشقيق للشقيق . وقد نشأ مجلس الدولة فى مصر يدور فى نطاق القضاء العادى . أما مجلس الدولة فى فرنسا فقد نشأ مستقلا عن هذا القضاء ، يسير موازيا له دون أن يتقاطع معه ، فدار كل منهما فى فلكه دون قطيعة أو جفاء .

وهكذا قدر لمجلس الدولة فى مصر أن يعيش بين الادارة والقضاء ، يتنقل بنظرة من هنا إلى هناك ، عساه يلقى صدراً حنوناً بل عساه يجد حتى مجرد الانصاف . . .

وليس للمجلس كما أسلفنا القول ما لمجلس الدولة فى فرنسا من ماض عتيد يحميه من العدوان . ولا غنى لمجلس الدولة فى مصر عن عنصر الزمن ، فهو الذى يرسى الأسس ، ويقر الدعائم ، ويوطد الأركان . فلابد إذن من وقت يمر ، يحشد المجلس فيه قواه ، ويجند رجاله ويعد عدته . وذلك للنضال عن حقه ، الذى هو حق هذا الشعب النبيل فى الدفاع عن حرياته العامة وعن حقوق أفراده ، والذى هو حق الادارة فى أن تقوم نظمه ثابتة مستقرة ترتكز على ركنين من القانون والعدالة .

وإذا كان المجلس منذ ولادته هو صديق البرلمان ، بل هو صنع يده ، فمن حق المجلس أن يتوقع الخير الكثير على يد البرلمان . وستسفر الانتخابات المقبلة قريبياً عن مجلس نواب جديد لا أشك فى أنه سوف لايقل فى الود لمجلس الدولة عن مجلس النواب القديم .

ولكن على مجلس الدولة بالرغم من كل ذلك ألا يألوا جهداً فى أن يكون مفهوما على حقيقته للادارة العاملة .

فما هى هذه الحقيقة التى ينبغى أن تكون مفهومة للادارة العاملة وللناس جميعاً ، حكاما ومحكومين ؟ إنها تقوم على أمرين جوهريين :

(**الأمر الأول**) أن مجلس الدولة هو الغوث الذى يفزع إليه الأفراد والجماعات ، متى ظن أحد منهم أنه مسلوب الحق . فإن من كان مظلوماً أو كان يعتقد أنه مظلوم ، وكان خصمه قوياً كالادارة ، لابد له من عياذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه . ولا شىء أكرم للادارة ولا أحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء ، تنصفه أو تنتصف منه . ذلك أدنى إلى الحق والعدل ، وأبقى للهيبة والاحترام .

(**والأمر الثانى**) أن مجلس الدولة هو الحليف الطبيعى للادارة ، وصديقها الأمين . يسمع لها ، ويشير عليها ، ويفتيها فى النوازل . وهو الذى يرسم بقضائه الحدود فيما يعمل وفيما يترك ، فينير لها السبيل ، ويعبد أمامها الطريق . وتستطيع الادارة أن تنتفع بمجلس الدولة إلى أبعد مدى فى كل هذه الشؤون ، فتستعين بخبرته الطويلة فى شؤون الفتيا ، وبتمرسه بفن الصياغة التشريعية فى شؤون التشريع ، وتسير على المبادىء القانونية التى أقرها قضاؤه الادارى ، فتنشرها بين الوزارات والمصالح . حتى توقى هذه الرجوع إلى الخطأ ، وحتى يتبين لها الطريق السوى فلا تجافيه ولا تنحرف عن مسراه . بل ما للادارة المصرية لاتجرى على سنن الادارة الفرنسية فتضع نظاما مستقراً ، نوه به الرئيس كاسان فى تقديمه للعدد الأول من مجلة مجلس الدولة الفرنسى ، للاستعارة من رجال مجلس الدولة وللانتفاع بالعناصر الصالحة فيه . وعن هذا الطريق يتمرس رجال المجلس بالأعمال الإدارية ويفيدون خبرة ، فيها ، وتنضج تجاربهم ، حتى إذا عادوا إلى المجلس كانوا أبصر بأمور الادارة ، وأوفر إستعدادا لمعالجتها ، فيقوم التعاون بين الادارة والمجلس على أسس قوية من الفهم الصحيح والثقة المتبادلة .

أقول الثقة المتبادلة ، لأن هذه الثقة هى أول شىء ينبغى أن يسود فيما يقوم من علاقات بين المجلس والادارة . وبغير هذه الثقة لا يستقيم

أمر ولا تصلح حال . فتبقى أحكام المجلس معطلة عن التنفيذ ، وتبقى نظمه ناقصة . ولا تأمن الادارة من ناحيتها الزلل ، وتتعثر فى خطواتها ، وتنحرف فى تصرفاتها عن الطريق السوى .

إن المجلس فى حاجة إلى معونة السلطة التنفيذية وإلى جميل ثقتها . فهو يبغى إصلاح نظمه القائمة حتى يتمكن من تأدية رسالته على الوجه المرضي . وقد عددت كثيراً من وجوه الاصلاح فى التقرير السنوى المنشور فى مكان آخر من هذا العدد . فهل تراه مستطيعاً أن يستكمل الناقص من نظمه بدون تعاون وثيق يقوم بينه وبين السلطة التنفيذية ، ومن غير تجاوب قوى فى الشعور بالثقة بينه وبين الادارة !

* * *

واحب فى هذا المقام أن أقف قليلا عند إصلاح خطير أشرت إليه فى التقرير السنوى وأعود إليه هنا . وقد سبق أن نوهت به عقب انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . وفى هذا أيضاً ينبغى أن يقوم التعاون الوثيق بين السلطة التنفيذية والمجلس حتى يتحقق الاصلاح المرجو . فقد منع مجلس الدولة فى مصر أن يكون صاحب الولاية العامة فى جميع المنازعات الادارية قيام المحاكم المختلطة . وكانت هذه المحاكم هى صاحبة الولاية على الأجانب فى قضاء التضمين . ولما أنشىء مجلس الدولة انفرد بقضاء الالغاء وشارك المحاكم المختلطة فى قضاء التضمين ، إذ لم يكن من المستطاع . . أن ينفرد بقضائى الالغاء والتضمين . والآن وقد زالت المحاكم المختلطة ، فقد حان الوقت الذى يصير فيه لمجلس الدولة ولايته العامة فى المنازعات الادارية ، وأن ينفرد بهذه الولاية فلا يشاركه فيها قضاء آخر . ولست أول من يقول بذلك . فقد سبقنى إلى التنبؤ به فقيه من أكبر فقهاء القانون الادارى فى فرنسا ، الأستاذ فالين Waline ، وتوقع أن يكون فى زوال المحاكم المختلطة فرصة تتاح لمجلس الدولة فى أن يتسع اختصاصه فتصبح ولايته عامة .

* * *

إن الادارة ومجلس الدولة إذا تعاونا وسادت الثقة فيما بينهما صار كل منهما قوياً ومجلس الدولة فى حاجة إلى القوة . والادارة القوية فى حاجة إلى مجلس دولة قوى . ومصر فى حاجة إلى الاثنين جميعاً .

وبعد فمجلس الدولة فى مصر أصبح حقيقة واقعة لايمكن الرجوع فيها ، ولا يستطاع الانتقاص منها . وكل ركن قام لكفالة العدالة والحرية لا يستطيع أحد أن يهدمه .

قد يبطىء المجلس فى سيره ، وقد يتعثر فى خطاه ، وقد يرجع خطوة إلى الوراء وهو يتابع التقدم إلى الأمام . ولكنه سيقوى ، وسيصلب عوده ، وسيواصل السير ، وسيصل إلى الغاية .

القاهرة فى أول يناير سنة ١٩٥٠ .

مخالفة التشريع للدستور
والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

بقلم
عبد الرزاق أحمد السنهورى
رئيس مجلس الدولة

تمهيـــد

تخدم هذه المجلة القانون العام . وهو قانون فى مراحله الأولى من التطور . ولم يخلص لرجال القانون فى مصر الوعى به والتفرغ لتحصيله إلا منذ سنوات قليلة ، وبخاصة منذ إنشاء مجلس الدولة ، فإن هذا المجلس هو البيئة الطبيعية التى ينشأ فيها القانون العام وينمو ويترعرع .

وفيما تعنى به المجلة من مسائل القانون العام مسألة تعد من أمهات المسائل فيه ، هى الدفاع عن مبدأ سيادة الدستور (principe de coustetionnalité) وعن مبدأ سيادة القانون (principe de légalité) . فنشرت فى عددها الأول بحثين قيمين للأستاذين الكبيرين السيد على بك وعبد السلام ذهنى بك فى رقابة القضاء لدستورية القوانين . ولما كان مبدأ هذه الرقابة قد أصبح مقرراً فى قضاء مجلس الدولة فى مصر ، فقد اخترت فى هذا البحث أن أعرض لدستورية القوانين فى ذاتها ، فأبين متى يكون القانون غير دستورى . وأحسب أن هذا البحث يأتى هنا فى ترتيبه الطبيعى . فإذا تقررت رقابة القضاء لدستورية القوانين ، وجب أن نعرف متى تنبسط هذه الرقابة ببيان الأحوال المختلفة التى يكون فيها التشريع مخالفاً انصوص الدستور أو لمبادئه .

وهذه البحوث تهدف جميعاً إلى غرض واحد ، هو توثيق رقابة القضاء على أعمال السلطات العامة ، توطيداً لمبدأى سيادة الدستور

وسيادة القانون ، والحق أن الدمقراطيات التى لم ترسخ لها قدم فى الحكم الديمقراطى الصحيح هى فى أشد الحاجة إلى رقابة القضاء . ذلك أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادىء الديمقراطية ، ولم تستقر هذه المبادىء عندها فى ضمير الأمة ، تكون السلطة التنفيذية هى أقوى السلطات جميعاً ، تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها ، وتتحيف السلطة القضائية وتنتقص من استقلالها . والدواء الناجع لهذه الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية . فهى أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح ، إذ القضاة نخبة من رجال الأمة ، أشربت نفوسهم احترام القانون ، وانغرس فى قلوبهم حب العدل ، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية . ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ، ويدفع عنه الطغيان [١] .

وأحب أن أنبه القارىء منذ البداية أننى لا أقوم هنا ببحث فلسفى ، بل ولا ببحث يرمى إلى إصلاح فى النظام الدستورى القائم . ولكنى أقوم ببحث واقعى عملى ، هو تطبيق دقيق للنصوص الدستورية المعمول بها فعلا . ومن ثم أكثر من الاستناد إلى هذه النصوص ، وأخذت نفسى

---

(١) وللأستاذ ديجيه (Duguit) فى هذا الصدد قول مأثور ، فقد كتب فى الجزء الثالث من مبسوطه فى القانون الدستورى ما يأتى : «يسود مبدأ المشروعية جميع نواحى القانون الحديث . . . ولكن حتى يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل آثاره ، يجب التسليم بمبدأ ثان يكمله ، وهو ضرورى مثله ، إذ أن الاخلال به يصير بمبدأ المشروعية إلى العدم . ففى كل البلاد المتحضرة التى تعيش فى ظل قانونى يجب ان تقوم جهات قضائية ذات نظام متين ، تتألف من رجال ذوى كفاية ، يكونون مستقلين كل الاستقلال عن السلطة السياسية . ويجب الاعتراف بأن الأحكام التى تصدر من هذه الجهات هى أحكام واجبة الاحترام من الحاكم والمحكوم على السواء . وعلى جيمع الهيئات العامة أيا كانت ، من البرلمان إلى أصغر مجلس محلى ، ومن رئيس الدولة إلى أصغر الموظفين شأنه ، ان يسلموا بوجوب احترامها» .

«Le principo de légalité domino tout le droit moderne . . . Mais pour que le prineipe do légalité puisse produiro tous ess effest, il faut admettro um socond prineipo qui lo compléte ot qui inditppensablé parce que, s'il n'est pas resporté, lo prineipe de légalite est réduit à néant, tout pays civilsé sous is régime (* droit. il faut qu'il y ait des juridietions fortoment orgat somposéss s'hommes compétents et absolunment indépendants dit pouvoir politi que; il faut que les déeisions prives par ces juiditions rocon nues comme s'imposant également au respoet des gouvenatnts es des gouvenés: il faut que tous les organes publiésquels qu'ils soient. depuis le patle PEtat jusequ'au plus humble des davant vles; (Dugnit. Dr. Const. 2éme E'd III p. p. 503. 553).

بتفسيرها تفسيراً أميناً . ولم يثننى عن ذلك أن يجيء البحث ممعناً فى الواقعية ، لا أثر فيه للخيال ، فأنا جد عليم بدقة الموضوع الذى أطرقه ، وأن الواقعية فيه هى خير عاصم من الزلل .

والخطة التى أسير عليها فى البحث ، حتى يكون بحثاً واقعياً ، هى أن أجرى فى شأن التشريع (loi) على النهج الذى جرى عليه الفقهاء فى شأن القرار الإدارى (acte administratif) ، فأجعل التشريع والقرار الإدارى شيئين متماثلين من حيث مخالفة الأول للدستور ومخالفة الثانى للقانون . وألم فى هذه الكلمة التمهيدية إلماماً سريعاً بوجوه الطعن فى القرار الإدارى ، حتى احتذى الخطة عينها فى بيان وجوه الطعن فى التشريع .

بدأ قضاء الإلغاء فى فرنسا بوجه واحد ، هو الطعن فى القرار الإدارى بعدم اختصاص الموظف الذى أصدره . قرر هذا الوجه تشريع من تشريعات الثورة هو قانون ٧ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٧٠ . وما لبث الوجه أن اتسع حتى شمل وجهين آخرين اعتبرا مكملين للوجه الأول : الطعن فى القرار لعيب فى الشكل ، والطعن فيه لإنحراف فى استعمال السلطة ،(détournement de pouvoir)[(١)] . وقد قام هذا التوسع على اعتبار أنه إذا شاب القرار عيب فى الشكل ، فإن الموظف الذى أصدره يكون بمثابة موظف غير مختص بإصداره ، إذ الموظف لا يكون مختصاً بإصدار قرار إلا إذا حاطه بالشكل الواجب قانوناً . كذلك إذا انحرف الموظف فى إصدار قرار عن الغاية التى رسمها القانون ، أصبح غير مختص . ومن ثم كان العيب فى الشكل والانحراف فى استعمال السلطة ملحقين بعيب عدم الاختصاص ومكملين له كما أسلفنا القول . وهذه هى الوجوه الثلاثة الأولى فى قضاء الإلغاء .

ومنذ صدر دكر يتو ٢ نوفمبر سنة ١٨٦٤ يعفى قضاء الإلغاء من وساطة المحامى ، مال مجلس الدولة فى فرنسا إلى التوسع فى هذا القضاء حتى ينتفع أكبر عدد من المتقاضين بهذه المزية ، فأدخل وجهاً رابعاً للطعن فى القرارالإدارى ، هو خرق القانون والحقوق المكتسبة (violation de la loi et des droits aequis) وقد كان هذا الوجه من قبل داخلا فى القضاء

---

(١) أنظر فى تسمية هذا الوجه بالانحراف فى استعمال السلطة بدلا من «التعسف فى استعمال السلطة» رسالة الدكتور سليمان الطماوى فى التعسف فى استعمال السلطة .

الكامل (le contentieux de la pleine juridietion) ، يحكم فيه بالتعويض لا بإلغاء القرار المطعون فيه ، فانتقل إلى قضاء الإلغاء لينتفع بالمزية التى تقدم ذكرها . وكان يشترط لتحققه فى أول الأمر ألا يقتصر القرار المطعون فيه على مخالفة نص فى القانون ، بل يجب أيضاً أن يمس حقاً مكتسباً . ومن ثم لم يكن يكفى فيمن يتمسك بهذا الوجه أن يكون له مجرد مصلحة فى طلب الاءلغاء ، بل يجب أن يكون له حق قائم قد مسه القرار المطعون فيه . ثم تطور هذا الوجه ليصبح كالوجوه الثلاثة الأولى ، يكفى فيه التمسك بمجرد المصلحة . ثم لم يصبح ضرورياً أن يكون هناك نص قانونى صريح خالفه القرار الاءدارى المطعون فيه ، بل يكفى أن يكون هذا القرار قد خالفه القانون بوجه عام ، كما إذا عارض حكما حاز قوة الشيء المقضى أو مس حقاً نشأ من عقد أو من قرار إدارى سابق . ومن ثم اقتصر على أن يسمى هذا الوجه الرابع بمخالفة القانون (violation de la loi) ، أى مخالفة القاعدة القانونية (violaion de la régle drait) ، وحذف مع التسمية المساس بالحق .

وجد أخيرا وجه خامس للطعن فى القرار الاءدارى أمام قضاء الاءلغاء ، هو انعدام الأسباب التى بنى عليها القرار (inexistence des' motifs) .وانعدام الأسباب يرد على ثلاث . فهو فى صورة أولى يكون انعداما واقعياً (inexistence de fait) للأسباب ، بأن تذكر للقرار أسباب غير صحيحة ، مثل ذلك أن يفصل موظف بناء على طلبه ثم يتبين أنه لم يقدم طلباً بذلك ، أو أن يتخطى موظف فى الترقية بسبب توقيع عقوبة تأديبية عليه ثم يتبين انه لم يوقع عليه أية عقوبة . وهو فى صورة ثانية يكون انعداما قانونياً(inexistence de droit) للأسباب ، بأن تكيف الأسباب تكييفاً قانونياً خاطئاً ، مثل ذلك إن ترفض الإدارة الترخيص فى البناء بدعوى أن الموقع يجاور أثراً من الآثار التاريخية ثم يتبين أن تكييف الموقع المجاور بأنه أثر تاريخى غير صحيح قانوناً . وهو فى صورة ثالثة يكون انعداماً واقعياً لأسباب يشترطها القانون لصحة القرار الاءدارى ، مثل ذلك أن يرقى موظف على أساس أنه أمضى المدة اللازمة للترقية ثم يتبين أنه لم يمض هذه المدة . ونرى أن هذا الوجه الخامس ليس وجهاً مستقلا للطعن إلا فى أحد نواحيه فانعدام الأسباب ، إذا كان انعداماً قانونياً أو واقعياً لأسباب يشترط توافرها لصحة القرار الاءدارى ، يختلط بوجه

الطعن بمخالفة القانون . أما إذا كان انعداماً واقعياً محضا ، فإن كان معلوماً من الموظف الذى أصدر القرار ، اختلط بوجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة . ولا يكون انعدام الاسباب وجهاً مستقلا إلا إذا كان انعداماً واقعياً يجهله الموظف الذى أصدر القرار ، فعندئذ يكون هناك خطأ فى الواقع (erreur de fait)يعيب القرار الاعدارى ويجعله قراراً باطلا . وقد جرى قضاء مجلس الدولة فى مصر على اعتبار انعدام الأسباب يندرج فى الطعن بمخالفة القانون من حيث قصور التسبيب الذى قام عليه الحكم ، إذيكون الحكم فى هذه الحالة قد انبنى على أسباب لا تستند إلى أصول ثابتة فى للأوراق ولا يستساغ استخلاصهاالوقائع الثابتة فى الدعوى .

ويمكن إرجاع وجوه الطعن الخمسة المتقدم ذكرها إلى أركان القرار الادارى الخمسة . ذلك أن كل قرار إدارى يقوم على خمسة أركان : فهو قرار يصدره موظف مختص بإصداره ، فى الشكل الذى يوجبه القانون ، لانشاء مركز قانونى ، صادراً عن أسباب معينة ، ومستهدفاً لغاية تتفق مع المصلحة العامة . فالاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية ، هذه هى أركان القرار الادارى . ولكل ركن منها عيب يتصل به ، ويقوم عليه وجه من وجوه الطعن فى قضاء الالغاء . فركن الاختصاص يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص . وركن الشكل يقابله وجه الطعن بعيب فى الشكل . وركن المحل يقابله وجه الطعن بمخالفة القانون . وركن السبب يقابله وجه الطعن بانعدام الأسباب . وركن الغاية يقابله وجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة .

هذه المامة عجلى بوجوه الطعن بالالغاء ، أى بأسباب بطلان القرار الادارى . وتقسم هذه الأسباب عادة إلى طائفتين : أسباب شكلية (causes formelles) وهى انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل ، وأسباب مادية (causes matérielles) وهى مخالفة القانون وانعدام الأسباب والانحراف فى استعمال السلطة . ونحن نؤثر أن نرد أربعة من هذه الأسباب - انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل ومخالفة القانون وانعدام الأسباب - إلى أصل واحد هو مخالفة القانون ، ونميز عنها سبب الانحراف فى استعمال السلطة . فيكون القرار الادارى باطلا إما لأنه خالف القانون فى نصوصه وأحكامه (المتعلقة بالاختصاص أو بالشكل أو بالمحل أو بالسبب) ، أو لأنه خالفه فى روحه وفحواه . ذلك أن الانحراف فى استعمال السلطة عيب

يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب. فالقرار الادارى المشوب بعيب الانحراف وحده يكون ظاهر الصحة باطن البطلان، أما القرار المشوب بعيب آخر فهو قرار باطل باطناً وظاهراً. وعيب الانحراف له من الخصائص ما يبرر تمييزه. فهو عيب باطن غير ظاهر كما قدمنا، ومن ثم فهو عيب خفى. وهو لايقوم إلا حيث يكون للادارة سلطة تقديرية (pouvoir discrétion) ومن ثم يتميز عن العيوب التى تلازم السلطة المحددة (pouvoir lié). وهو عيب احتياطى '(snbsidiaire) لا يبحث إلا عند انعدام العيوب الأخرى.

فإذا خلص لنا مما تقدم أن للقرار الادارى أركاناً خمسة، وأن بطلان القرار الادارى يرجع إلى سببين رئيسيين هما مخالفة القانون والانحراف فى استعمال السلطة الادارية، وأردنا أن نجرى فى شأن التشريع على هذا النهج كما سلف القول فنجعل التشريع والقرار الادارى شيئين متماثلين، أمكن ان يكون للتشريع هو أيضاً أركان خمسة، وأن يرد البطلان فيه إلى سببين رئيسيين. فالأركان هى الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، غير أننا ندمج هنا السبب فى الغاية، لأن أسباب التشريع، وتوجد عادة فى مذكرته الإيضاحية أو فى ديباجته أو فى الأعمال التحضيرية بوجه عام، تكشف عن الغاية منه أو تعين على ذلك. والسببان الرئيسيان لبطلان التشريع هما مخالفة الدستور، والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

فنستعرض فى قسم أول من هذا البحث مخالفة التشريع للدستور. وهذا ما يقابل مخالفة القرار الإدارى للقانون، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن من أركان الاختصاص والشكل والمحل.

ونستعرض فى قسم ثان الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن الغاية.

ولما كان البحث لا يزال بكرًا، فقد آثرنا أن يكون بحثاً تحليلياً، نكثر فيه من التطبيقات، مستعرضين نصوص الدستور فى كثير من المواطن. فإذا ما مهدت شعاب البحث، وجمعت أطرافه، ووطئت أكنافه، كان للباحثين بعد ذلك أن يعمدوا إلى التركيب (synthèse)، فيستخلصوا من تطبيقاته الكثيرة مبادىء يمكن الوقوف عندها.

القسم الأول

مخالفة التشريع للدستور

(الاختصاص والشكل والمحل)

الاختصاص والشكل ركنان شكليان فى التشريع ، ومن اليسير أن نكشف العيب الذى يلحق أيا منهما . ومهما يكن من أمر الخلاف فى شأن رقابة القضاء لدستورية القوانين ، فمن الواضح أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه ، ولا يستسيغ لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من الأقضية .

أما المحل فهو ركن موضوعى فى التشريع . ولكنه يتفق مع ركنى الاختصاص والشكل فى أن كلا من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيه للمشرع إلا سلطة محددة (pouvoir lié) ، إذا جووزت كان من السهل تبين هذه المجاوزة والتعقيب عليها .

ونستعرض الآن هذه الأركان الثلاثة .

(١)
الاختصاص

صاحب الاختصاص فى التشريع هو الملك والبرلمان . وتقول المادة ٢٤ من الدستور فى هذا الصدد : « السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب » . ثم تقول المادة ٢٥ : « لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك » . والقانون هو قاعدة عامة مجردة ، وسنعود إلى هذه المسألة في شيء من التفصيل . أما الآن فيعنينا أن نقرر أن البرلمان إذا قرر قانوناً بالمعنى المتقدم ، وصدق الملك على القانون ، فهذا القانون تشريع من الناحيتين الشكلية والموضوعية . هو تشريع من الناحية الشكلية لأنه صدر من صاحب الاختصاص فى التشريع . وهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد .

وقد يصدر التشريع ، أى الحكم العام المجرد ، من غير السلطة التشريعية فى الحدود التى يرسمها الدستور . وقد نص الدستور فى مواضع أربعة على منح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات أصلية وفرعية . فنصت المادة ٤١ من الدستور على أن تمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات للضرورة ، تسمى مراسيم بقوانين (décrets-lois) ، أو لوائح تشريعية . ونصت المادتان ٤٥ و ١٥٥ من الدستور على جواز إعلان الأحكام العرفية على الوجه المبين فى قانون خاص بهذه الأحكام ، ويمنح هذا القانون السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، وهى جزء من السلطة التنفيذية ، حق إصدار أوامر عرفية لها قوة القانون . وقضت المادة ٤٤ من الدستور بمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار لوائح مستقلة (autonomes) لترتيب المصالح العامة . وقضت المادة ٣٧ من الدستور باختصاص السلطة التنفيذية فى وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وتسمى هذه اللوائح باللوائح التنفيذية (réglements en exécution) . ونضيف إلى هذه الحالات الأربع ، التى منح فيها الدستور السلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات ، حالة خامسة قضى فيها العرف الدستورى بأن يكون للسلطة التنفيذية اختصاص فى تقرير لوائح البوليس ، وهى لوائح مستقلة كلوائح المصالح العامة . وفى جميع هذه الحالات الخمس نرى تشريعاً ، أى حكماً عاماً مجرداً ، يصدر من السلطة التنفيذية . فهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد ، وهو قرار إدارى من الناحية الشكلية لأنه يصدر من السلطة التنفيذية .

وقد يعكس الدستور الوضع ، فيجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات إدارية فردية . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أن عقد القروض العمومية ومنح الالتزام والاحتكار لايكون إلا بقانون ، وما نصت عليه المادة ١٣٨ من أن ميزانية الدولة يجب تقديمها إلى البرلمان لفحصها واعتمادها . والنصوص التى تجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات إدارية فردية ترد فى الدستور على سبيل الحصر ، وسنعود إليها فى مكان آخر . وهذه القرارات الادارية التى تصدر من السلطة التشريعية هى كما قدمنا قرارات فردية وليست أحكاماً

عامة مجردة . فهى قرارات إدارية من الناحية الموضوعية لأنها فردية ، وهى قوانين من الناحية الشكلية لأنها تصدر من السلطة التشريعية[1] .

نسوق كل هذا لنستخلص منه بعض الحالات التى يجوز أن يكون فيها التشريع معيباً من ناحية الاختصاص . ونورد الآن أمثلة على ذلك ، بعضها تشريعات تصدر من غير السلطة التشريعية فى غير ما نص عليه الدستور ، وبعضها قرارات إدارية تصدر من السلطة التشريعية فى غير ما جعله الدستور على سبيل الحصر من اختصاص هذه السلطة .

تشرعات الضرورة :

تنص المادة ٤١ من الدستور على أنه « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع إلى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط الا تكون مخالفة للدستور . وتجب دعوة البرلمان إلى إجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كلن لها من قوة القانون » . ولا نعرض هنا لتشريعات الضرورة إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التى نعالجها فى هذا المقال . ونلاحظ بادىء الأمر أن المرسوم بقانون الذى يصدر بالتطبيق للمادة ٤١ من الدستور ، وإن كان يعتبر تشريعاً فى موضوعه لأن يشتمل على قواعد عامة مجردة ، إلا أنه كما قدمنا يعتبر قراراً إدارياً . فى شكله لأنه يصدر من السلطة التنفيذية . فإذا كان باطلاً ، كان لمحكمة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة أن تقضى بإلغائه بإعتباره قراراً إدارياً إذ العبرة فى أختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلى لا بالمعيار الموضوعى ، ذلك أن رقابتها تنبسط لا على القرارات الادارية الفردية فحسب ، بل على السلطة التنفيذية ذاتها بجميع ما يصدر عنها من أعمال ، سواء كانت هذه الأعمال إدارية أو تشريعية . فتقضى المحكمة فى هذه الأعمال بالالغاء ولو كانت

---

(١) وقد صدر حكم من محكمة القضاء الادارى يبسط هذه القواعد فى وضوح ، ويقرر ان الأصل فى السلطة التشريعية ان تقوم باعمال التشريع ، اى بوضع قواعد عامة مجردة ، والخروج على هذا الأصل يقتضى نصاً صريحاً فى الدستور ، والأصل فى السلطة التنفيذية ان تقوم باعمال التنفيذ . وهى اعمال تقوم على حالات فردية ذاتية ولا شأن لها بالقواعد العامة المجردة ، والخروج على هذا الأصل يقتضى ايضاً نصاً صريحاً فى الدستور (محكمة القضاء الادارى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى السنة الرابعة رقم ١٨١ ص ٥٧٩) .

تشريعات بحسب موضوعها . وعلى العكس من ذلك إذا صدرت من السلطة التشريعية أعمال إدارية باطلة ، فإن محكمة القضاء الادارى لا تقضى بالغائها ، بل تمتنع عن تطبيقها كما تفعل فى القوانين غير الدستورية .

ونعالج الآن تشريعات الضرورة من ناحية الاختصاص . فالأصل أن الدستور جعل للسلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار تشريعات عند الضرورة ، ورسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدوداً ضيقة . فإذا صدر تشريع من السلطة التنفيذية مجاوزاً لهذه الحدود ، كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . وقد رأينا أن المادة ٤١ من الدستور تشترط ، لكى تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة أو اللوائح التشريعية كما يدعوها بعض الفقهاء فى مصر ، أن تلتزم هذه السلطة حدوداً فى الزمن وحدوداً فى الموضوع :

١ - فحدود الزمن هى أن يصدر التشريع فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ، أى فى وقت العطلة البرلمانية . أما إذا كان البرلمان منعقداً فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تستقل بإصدار تشريع قبل عرضه على البرلمان ، وإلا كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . ولا يعرف الدستور المصرى ما يسمى فى فرنسا باللوائح التفويضية ، إذ يجيز الدستور الفرنسى للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية فى إصدار مراسيم لها قوة القانون ولو وقت انعقاد البرلمان على أن تعرض على البرلمان بعد صدورها .

فإذا كان البرلمان غير منعقد ، جاز للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار الانعقاد فى الفصل التشريعى الواحد ، بصريح النص ، أن تصدر تشريع الضرورة . بقى أن يكون البرلمان غير منعقد إما لأنه مؤجل مدة الشهر التى نص عليها الدستور فى المادة ٣٩ وإما لأن مجلس النواب قد حل وفقاً للمادة ٣٨ من الدستور . ففى هاتين الحالتين لا نكون فيما بين أدوار الانعقاد بالمعنى الحرفى لهذه العبارة ، بل نكون فى دور انعقاد واحد فى حالة التأجيل أو بين فصلين تشريعين فى حالة الحل .

فهل يجوز قياس هاتين الحالتين على حالة صدور تشريع الضرورة فى الفترة ما بين دورى انعقاد فى فصل تشريعى واحد ؟ نقتصر هنا على الاشارة إلى أن الفقه فى مصر لايرى القياس لأسباب ثلاثة . أولها أن نص

المادة ٤١ من الدستور نص استثنائي فلا يصح التوسع فيه ، ويجب قصره في حدود الزمن على ما بين أدوار الانعقاد كما يقضى صريح النص . والسبب الثاني أن النص الفرنسي للمادة ٤١ من الدستور المصري يوجب دعوة البرلمان فوراً immédiatement إلى الانعقاد في دور غير عادي ، وهذا لا يتهيأ في حالة التأجيل لأن البرلمان إذا دعى في فترة التأجيل دعى إلى دور عادي ، ولا في حالة الحل لأن مجلس النواب يكون في هذه الحالة غير موجود فلا تتسنى دعوة البرلمان فوراً لا إلى دور عادي ولا إلى دور غير عادي . والسبب الثالث أن الدستور إذا كان قد اطمأن إلى السلطة التنفيذية فخول لها إصدار تشريعات الضرورة فيما بين أدوار الانعقاد ، فذلك لأنها على وفاق مع السلطة التشريعية وستعرض عليها هذه التشريعات فوراً في دور غير عادي . أما في حالتي التأجيل والحل فالسلطة التنفيذية على خلاف مع السلطة التشريعية ، وما يجوز في حالة الوفاق لايجوز في حالة الخلاف .

ولكن العمل جرى على جواز صدور مراسيم بقوانين في أثناء حل مجلس النواب وفي أثناء تأجيل البرلمان . وقع ذلك في الفترة ما بين فبراير وأبريل سنة ١٩٣٨ وفي الفترة ما بين نوفبر سنة ١٩٤٤ ويناير سنة ١٩٤٥ وفي الفترة ما بين نوفمبر سنة ١٩٤٩ ويناير سنة ١٩٥٠ وكان مجلس النواب في أثناء هذه الفترات محلولا ، ووقع ذلك أيضاً في فترة تأجيل البرلمان في شهر مارس سنة ١٩٥٣ وفي فترة حله بعد ذلك .

ولا شك في أن الفقه على حق من الناحية العلمية في تفسيره للمادة ٤١ من الدستور هذا التفسير الضيق ، فالنص لا يعرض إلا لفترة حددها هي الفترة ما بين أدوار الانعقاد ، فخرجت فترة التأجيل والفترة ما بين فصلين تشريعيين لحل مجلس النواب وذلك للأسباب التي تقدم ذكرها . وقد راعى دستور سنة ١٩٣٠ أن يتسع النص لفترة الحل فجرى على الوجه الآتي : « إذا حدث فيما بين أدوار الانعقاد أو في فترة الحل . . . » . على أن الأمر يقتضي إمعاناً في النظر . إذ يبقى بعد ذلك أن نرى ماذا تفعل السلطة التنفيذية إذا قامت حالة من حالات الضرورة لتشريع مستعجل في فترة الحل أو فترة التأجيل ؟ يذهب أكثر الفقهاء إلى تطبيق أحكام نظرية الضرورة في هذه الحالة . وقد جرى العمل في انجلترا وأمريكا ، إذا تخذت

إجراءات غير دستورية اقتضتها الضرورة، أن يصدر بعد إنتهاء حالة الضرورة هذه ما يسمى بقانون التضمينات (bill of indemnity) ليبرىء السلطة التنفيذية من المسئولية عما اتخذته من إجراءات غير دستورية. وحدث فى فرنسا أن أصدرت الحكومة فى غيبة البرلمان مراسيم تشريعية اقتضتها الضرورة، فأصدر البرلمان بعد ذلك سلسلة من القوانين فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ وفى ٣ من أغسطس سنة ١٩١٥ نص فيها على أن هذه المراسيم التشريعية التى صدرت فى حالة الضرورة يقرها البرلمان بتشريع ليصبح لها قوة القانون من تاريخ صدورها، فيجاز مرسوم الضرورة بقانون من قوانين الاجارة أو الاقرار (loi de rectifieation ou de confirema tion). ومن ذلك يظهر الفرق واضحاً بين مرسوم تشريعى يصدر وفقاً للمادة ٤١ من الدستور ومرسوم تشريعى يصدر وفقاً لأحكام الضرورة. فإن المرسوم إذا لم يقره أحد المجلسين سقط فى الحالة الثانية بأثر رجعى، وبقيت آثاره فى الحالة الأولى فلا يسقط إلا من وقت عدم الاقرار. على أن هناك من يذهب إلى أن مرسوم الضرورة تشريع كامل يبقى قائماً إلى أن ينسخ بتشريع آخر، فلا يسقط بأثر رجعى، ويجب لنسخه موافقة كل من المجلسين إذا كان البرلمان منعقدا، وبهذا الرأى أفتى أحد المستشارين الملكيين فى عهد سابق. ويتبين من ذلك أن أمر الضرورة فى أحكامها العامة غير منضبط. فمرسوم الضرورة، فى رأى، ينزل فى القوة عن مرسوم تشريعى صدر وفقاً للمادة ٤١ ويعلو على هذا المرسوم التشريعى فى رأى آخر. فإذا أضفنا إلى ذلك أن المادة ٤١ ليست فى حقيقة امرها إلا التطبيق التشريعى لنظرية الضرورة فى حالة معينة، تبين أن الرأى القائل بتطبيق المادة ٤١ كلما اقتضت الضرورة السلطة التنفيذية إصدار مرسوم تشريعى فى حالتى التأجيل والحل إنما هو رأى يواجه بعض الحاجات العملية. ومهما يكن من أمر فإن هناك فترة، لم تتحقق حتى اليوم فى تاريخ الدستور المصرى، هى الفترة ما بين فصلين تشريعيين عن تحديد مجلس النواب تجديدا عادياً فى غير حالة الحل. فقد نصت المادة ١١٤ من الدستور على أن «تجرى الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب فى خلال الستين يوماً السابقة لانتهاء مدة نيابته». ومقتضى هذا النص أن مجلس النواب الجديد يوجد عقب إنتهاء مجلس النواب القديم. ومن الطبيعى، حتى إذا تمت الانتخابات فى أثناء العطلة

البرلمانية ، أن الحكومة تدعو البرلمان إلى الانعقاد حتى يتمكن المجلس الجديد من تنظيم أعماله الداخلية فى حالة تجديد المجلس تجديداً عادياً ، كما تطلب فى حالة الحل ، تحديد لاجتماع المجلس الجديد . فإذا لم تدع الحكومة البرلمان إلى الانعقاد قبل يوم السبت الثالث من شهر نوفمبر ، اجتمع البرلمان بحكم القانون فى اليوم المذكور . وتفصل فى كل حال فترة من الزمن بين قيام المجلس الجديد وانعقاد البرلمان ، حتى ولو دعى البرلمان للانعقاد قبل ذلك . فإذا اقتضت الضرورة إصدار تشريع مستعجل فى هذه الفترة ، أيجوز للحكومة الالتجاء إلى المادة ٤١ لاصدار هذا التشريع بالرغم من أن العطلة البرلمانية هنا هى فترة ما بين فصلين تشريعيين لا فترة ما بين دورى انعقاد يبدو أن الحرج من الالتجاء إلى المادة ٤١ فى هذه الحالة أقل منه فى حالة الحل ، إذ لايوجد هنا خلاف ظاهر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وفى استطاعة الحكومة أن تدعو البرلمان إلى اجتماع غير عادى لتعرض عليه المرسوم التشريعى الذى اضطرت إلى إصداره .

ويبقى ، قبل أن نترك حدود الزمن ، أن نلاحظ ما وقع فى تاريخ مصر الدستورى من وقف العمل بالدستور أو استبدال دستور آخر به . فقد نص ، فى فترة وقف الدستور أو فى فترة الانتقال إلى دستور آخر ، على أن تتولى السلطة التنفيذية التشريع عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون ، فهذه المراسيم تعتبر تشريعات كاملة لا تلغى إلا بتشريعات أخرى يوافق عليها المجلسان معاً إذا عادا إلى الوجود ، ذلك أنها لم تصدر تطبيقاً للمادة ٤١ ، بل صدرت تطبيقاً لأمر ملكى يقضى بأن تتولى السلطة التنفيذية التشريع ، فكل تشريع صدر على هذا الوجه يعتبر فى قوة التشريع الذى صدر من البرلمان ، إذ هو - كما قالت محكمة النقض - «تشريع صادر من سلطة مختصة لايمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو ممن يحل محلها فى التشريع على الوجه الذى يحدد لاختصاص من يحل محلها» .

٢ - وحدود الموضوع هى أن يكون التشريع من التدابير التى لا تحتمل التأخير . وهذا هو مظهر الضرورة . وتقديرها متروك للسلطة التنفيذية . فتستطيع هذه السلطة أن تشرع فى حدود الضرورة وبقدرها . ولها ، فى هذه الحدود ، أن تنسخ تشريعاً أقره البرلمان . ولكن ليس لها أن تخالف الدستور . وقد ورد نص المادة ٤١ صريحاً فى اشتراط عدم

مخالفة الدستور ، وهو شرط بديهى ، فإن التشريع الذى يقرره البرلمان لايجوز أن يخالف الدستور ، فأولى بالتشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية إلا يكون مخالفاً له . على أن تصريح المادة ٤١ بهذا الشرط مفيد من ناحيتين . فهو ، من ناحية ، ينبه إلى أمر خطير قد تغفله السلطة التنفيذية وهى تحت ضغط الحاجة إلى إتخاذ تدابير استثنائية . وهو ، من ناحية أخرى ، يفسح مجالا للقول بتحريم المرسوم التشريعى فى المسائل التى ينص الدستور صراحة على أن يكون تنظيمها بقانون ، فلا يجوز تنظميها عن طريق مراسيم الضرورة ، وذلك مثل تنظيم الحريات والحقوق العامة ومثل تعديل قانون الأحكام العرفية ، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

فإذا التزمت السلطة التنفيذية حدود الزمن وحدود الموضوع التى تقدم ذكرها ، كانت مختصة بإصدار تشريعات الضرورة على الوجه الذى بيناه . وهذه التشريعات تكون لها منذ صدورها قوة القانون . ولكن يجب على السلطة التنفيذية أن تدعو البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، وأن تعرضها عليه فى أول اجتماع له ، وألا يرفضها أى من المجلسين[١] . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقى لتشريع الضرورة قوته القانونية بوجه نهائى ، ولا يجوز إلغاؤه إلا بقانون يقرره البرلمان أو بمرسوم له قوة القانون طبقاً للمادة ٤١ . ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون ، أى قراراً إداريا ، ولا ينقلب إلى قانون . أما إذا اختل أحد هذه الشروط ، بأن لم يدع البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، أو دعى ولكن لم يعرض عليه التشريع فى أول اجتماع ، أو عرض التشريع ولكن رفضه أحد المجلسين ، زالت عن التشريع قوته القانونية من وقت تخلف الشرط الذى اختل ، وتبقى له قوته القانونية فيما قبل ذلك . فلا يكون لزوال القوة القانونية عنه إذن أثر رجعى .

والذى يعنينا هنا ، بعد أن بينا الحدود التى تكون فيها السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة ومدى ما لهذه التشريعات من قوة قانونية ، أن نعرض لأوجه الطعن التى يمكن التمسك بها عند مخالفة هذه الحدود والضوابط . فعندنا أنه يجب التمييز بين حالات ثلاث :

---

(١) ولئن كان البرلمان مجتمعاً من قبل فى دور غير عادى وجب عرض التشريعات عليه .

(**الحالة الأول**) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الزمن، بأن صدر والبرلمان منعقدا مثلا، فالطعن فيه يكون عن طريق أنه صدر من جهة غير مختصة كما سبق القول. (**والحالة الثانية**) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع. فإن جاوزها من ناحية أن الضرورة غير قائمة، فالطعن فيه يكون عن طريق الانحراف فى استعمال السلطة لأن الضرورة أمر يدخل فى حدود السلطة التقديرية. ونلاحظ هنا أن تشريع الضرورة، وهو مرسوم بقانون، يعتبر قراراً إدارياً من الناحية الشكلية. فبطلانه لانعدام الضرورة يكون لانحراف فى استعمال السلطة الادارية. ويلغى المرسوم بقانون إذا طعن فيه بطريق مباشر، شأنه فى ذلك شأن أى قرار إدارى باطل. وإن جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع من ناحية أنه مخالف للدستور، فالطعن فيه يكون عن طريق هذه المخالفة لأنَ السلطة هنا سلطة محددة لا سلطة تقديرية. (**الحالة الثالثة**) إذا جاوز تشريع الضرورة مدى قوته القانونية، بأن تخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها فزالت عنه هذه القوة، فيكون التشريع غير موجود، والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور.

هذه هى الرقابة القضائية التى تبسط على تشريعات الضرورة. ويحسن أن نشير إلى الفرق بين هذه الرقابة والرقابة البرلمانية. فالبرلمان من شأنه أن يقدر، عند عرض التشريع عليه، ما إذا كان من المناسب أن يوافق على أحكامه، فتبقى للتشريع قوته القانونية، أو ألا يوافق عليها، فتزول هذه القوة من غير أثر رجعى. أما القضاء فعليه أن يراقب توافر الشروط التى تقدم ذكرها من حدود فى الزمن وحدود فى الموضوع. فإن اختل شرط منها ألغى التشريع باعتباره مرسوماً باطلا منذ البداية، أى بأثر رجعى. ثم عليه أيضاً أن يراقب فى تشريع الضرورة مدى قوته القانونية، فإن جاوزها بتخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها اعتبره تشريعاً قد زالت عنه القوة القانونية منذ تخلف هذا الشرط، أى بدون أثر رجعى.

ولا نرى ثمة ما يمنع البرلمان من أن يراقب هو أيضاً توافر الشروط فى تشريع الضرورة، فينتقل من رقابة الملاءمة (contrôle de l'opportunité) إلى رقابة المشروعية (contrôle de la légalité)، ويشترك فى هذه الرقابة

الأخيرة مع القضاء . ومن ثم يجوز لأحد المجلسين أن يعلن أن تشريع الضرورة قد صدر وقت انعقاد البرلمان ، أو أن حالة الضرورة لم تكن قائمة ، أو أن التشريع مخالف للدستور ، فيكون الموسوم بقانون باطلا منذ البداية بأثر رجعى ، لا منذ عدم إقراره بأثر غير رجعى كما هو الأمر فى رقابة الملاءمة . ولكن القضاء لا يتقيد بما يذهب إليه البرلمان فى ذلك ، إذ للقضاء وحده الكلمة الأخيرة فى رقابة المشروعية .

وننتقل الآن من تشريعات الضرورة إلى الأحكام العرفية .

الأحكام العرفية :

تنص المادة ٤٥ من الدستور على أن « الملك يعلن الأحكام العرفية . ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها . فإذا وقع ذلك الإعلان فى غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة » . وتنص المادة ١٥٥ من الدستور على أنه « لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً فى زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين فى القانون . وعلى أى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت فى انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور » .

ولا نعرض هنا أيضاً للأحكام العرفية إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التى هى موضوع البحث . ويتبين من النصين الدستوريين المتقدمى الذكر أن السلطة التنفيذية تكون مختصة بإصدار تشريعات فى حالة اعلان الأحكام العرفية إذا توافر شرطان : (**الشرط الأول**) أن تعلن هذه الأحكام على الوجه المبين فى الدستور ، ويكون ذلك بإصدار مرسوم بإعلان الأحكام العرفية فى إحدى الحالات التى يبينها القانون ، ويعرض هذا المرسوم فوراً على البرلمان ، ولو فى دور غير عادى ، ليقرر استمرار هذه الأحكام أو زوالها دون أن يكون لزوالها أثر رجعى . (**والشرط الثانى**) أن تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات العرفية فى حدود الأحكام التى يبينها القانون .

وقد صدر هذا القانون فعلا قبل نفاذ الدستور ذاته ، وهو القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ الخاص بنظام الأحكام العرفية ، يبين الحالات التى يجوز

فيها إعلان هذه الأحكام ويرسم حدود اختصاص السلطة القائمة على إجرائها . ومن ذلك نرى أن نظام الأحكام العرفية فى مصر نظام دستورى لا نظام مطلق . إذ هو يخضع لمبدأ المشروعية (principe de légalité) بخضوعه للدستور وللقانون ، ومن ثم تنبسط عليه رقابة القضاء . ففى الحدود التى بينها الدستور وقانون الأحكام العرفية . تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار أوامر عرفية ، فردية أو تنظيمية ، وتكون للأوامر التنظيمية قوة القانون . ونذكر فى إيجاز هذه الحدود طبقاً لقانون الأحكام العرفية الصادر فى سنة ١٩٢٣ والقوانين المكملة له . حتى إذا تبين أن السلطة العرفية جاوزتها فى أحد التشريعات التى تصدرها . أمكن القول إن هذا التشريع باطل لعيب فى الاختصاص .

فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية على أنه « يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام فى الأراضى المصرية أو فى جهة منها للخطر . سواء كان ذلك بسبب خطر إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وقوع اضطرابات داخلية » . ويضيف القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ إلى الحالتين المتقدمتين حالة جديدة موقتة هى « تأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج المملكة المصرية » وحددت المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية اختصاصات القائم على إجراء هذه الأحكام . فهى محصورة فى مراقبة السلاح والتفتيش والرقابة على الصحف والرسائل وتحديد مواعيد العمل فى المحال العمومية وإعادة الأشخاص إلى مقر ولادتهم أو توطنهم والقبض على المتشردين والمشتبه فيهم ومنع الاجتماعات العامة ومنع التجول فى ساعات معينة وتنظيم استعمال وسائط النقل وإخلاء بعض الجهات أو عزلها والاستيلاء على وسائط النقل والمصالح والمصانع والمحلات الصناعية والعقارات والمنقولات والتكليف بأى عمل من الأعمال . وأجاز النص لمجلس الوزراء أن يضيق دائرة الحقوق المتقدمة أو أن يرخص فى اتخاذ أى تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام فى كل الجهة التى أجريت فيها الأحكام العرفية أو فى بعضها .

وفى الحدود المتقدمة الذكر يجوز للقائم على إجراء الأحكام العرفية ـ كما تنص المادة ١٥٥ من الدستور ـ تعطيل أى حكم من أحكام الدستور بقرار فردى أو قرار تنظيمى ، إلا أن يعطل انعقاد البرلمان متى توافرت فى انعقاده الشروط المقررة ، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر . ومتى جاز بأمر عرفى تعطيل الدستور ، جاز من باب أولى تضمين قانون الأحكام العرفية نصاً يعطل حكما من احكام الدستور غير انعقاد البرلمان . ولما كان قانون الأحكام العرفية هو بمثابة الدستور للأوامر العرفية التى تصدر حدود أحكامه ، فلا يحوز بأمر عرفى تعديل هذا القانون .

وتيبين مما تقدم أنه إذا صدر إجراء من السلطة التنفيذية فى الحدود التى رسمها الدستور والقانون ، كما إذا أعلنت الأحكام العرفية ولم يعرض الإعلان فورا على البرلمان ، أو أعلنت فى غير الحالات التى حددها القانون ، أو جاوزت السلطة القائمة على إجرائها حدود اختصاصاتها ، كان الذى يصدر فى هذه الحالة إجراء باطلا لصدوره من جهة غير مختصة .

وقبل أن نترك موضوع الأحكام العرفية ، ونحن لم نتناوله إلا بقدر ما يتصل بمسألة الاختصاص كما سبق القول ، يعنينا أن نذكر مرة أخرى أن نظام الأحكام العرفية فى مصر . مهما كانت اختصاصات القائم على إجرائها واسعة . هو نظام دستورى لا نظام مطلق ، ثم هو نظام استثنائى لا نظام طبيعى ، ومن ثم وجب أن يراعى فى شأنه الضوابط الآتية :

(أولا)تفسر النصوص القانونية المتعلقة بهذا النظام تفسيرا ضيقاً . فلا يجوز التوسع فيها . فإذا ورد لفظ يحتمل معنيين ، كلفظ « المتشردين والمشتبه فيهم » الوارد فى المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية ، وجب تفسيره لا بالمعنى الواسع بل بالمعنى الضيق المحدد فى قانون المتشردين والمشتبه فيهم ، وذلك حماية للحريات والحقوق العامة . وإذا أجاز قانون الأحكام العرفية لمجلس الوزراء أن يزيد فى اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام ، وجب أن تكون هذه الزيادة بقدر ما تقضيه الضرورة ، وبالنسبة إلى تدابير معينة بالذات ، فلا تجوز زيادة الاختصاصات فى عبارة عامة دون تخصيص للتدابير المراد إضافتها ، ولا فى ذات المرسوم الذى يعين القائم على إجراء الأحكام العرفية .

(ثانياً) للأحكام العرفية حدود تقف عندها ولا يصح أن تجاوزها ، وهذه الحدود تتلخص فى حاجات الحرب والتموين وصون الأمن والنظام العام . فأى أمر عرفى ، تنظيمياً كان أو فردياً ، لا يكون داخلا فى هذه الحدود ، يكون باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة . ونلاحظ فى هذه المناسبة أن الأمر العرفى التنظيمى ، وهو التشريع الذى يصدر من السلطة العرفية ، يعتبر ، من ناحيه الشكل ، قراراً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(ثالثاً) الموسوم الذى يعلن الأحكام العرفية هو وحده الذى يعتبر عملا من أعمال السيادة ، فلا يخضع لرقابة القضاء . أما الأوامر العرفية ، وهى الإجراءات والتدابير التى تتخذ فى ظل هذه الأحكام تنفيذاً لها ، فهى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء ،سواء كانت قرارات فردية أو قرارات تنظيمية . ويستوى فى ذلك أن تكون هذه القرارات صادرة عن سلطة محددة أو عن سلطة تقديرية ، على أن يترك القضاءُ للقائم على إجراء الأحكام العرفية مجالا واسعاً فى استعمال سلطته التقديرية[١] .

(رابعا) قوانين التضمنيات التى تعقب عادة إنتهاء الأحكام العرفية ، لرفع المسئولية عن السلطة التى قامت بإجراء هذه الأحكام ، يجب أن تكون مقصورة على التدابير والاجراءات التى اتخذت فى حدود الاختصاصات المخولة لهذه السلطة ، فترفع المسئولية عنها دون غيرها من التدابير والاجراءات التى جاوزت هذه الحدود . وسنعود لهذا الموضوع فى مكان آخر ، فنبحث دستورية قوانين التضمنيات ، من حيث عمومها وتجردها ومن حيث الأحكام التى تشتمل عليها .

اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الادارية المستقلة :

نصت المادة ٣٧ من الدستور على أن « الملك يضع اللوائح اللازمة لتفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها » . ونصت المادة ٤٢ من الدستور على أن « الملك يرتب المصالح العامة » ونصت المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على أن « من خالف أحكام اللوائح

(١) محكمة القضاء الادارى فى دوائرها المجتمعة فى ١٠ مايو ١٩٥٢ القضية رقم ٦٩٤ السنة السادسة القضائية .

العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الادارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات . فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها . فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين قرشاً ».

ويتبين من هذه النصوص أن السلطة التنفيذية تختص بإصدار تشريعات غير رئيسية - فوق التشريعات الرئيسية التى تختص بإصدارها فى حالة الضرورة وفى حالة إعلان الأحكام العرفية - فى حدود رسمها الدستور . وهذه التشريعات غير الرئيسية قسمان ، فهى إما تكون لوائح وقرارات تنفيذية لتشريعات رئيسية ، وإما أن تكون لوائح مستقلة (autonomes) مصلحية أو بوليسية .

والأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع كما قدمنا ، فهذا ليس من اختصاصها . وإذا تولته فى حالات استثنائية ، فإنما يكون اختصاصها فى ذلك مبنياً على نص دستورى ، كما هى الحال فى اللوائح والقرارات التنفيذية وفى اللوائح المصلحية حيث خولت المادتان ٣٧ و ٤٤ من الدستور السلطة التنفيذية هذا الاختصاص ، وكما هى الحال فى اللوائح البوليسية وهى لوائح توضع لحفظ الأمن (sécurité) والصحة (salubrité) والسكينة (tranquillité) حيث خول السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عرف دستورى معترف به وقد أقرته المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على الوجه الذى قدمناه . وقد رأينا أن المادتين ٤١ و ١٥٥ من الدستور تجعلان للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريع رئيسى ، الأولى فى حالة الضرورة ، والثانية فى حالة إعلان الأحكام العرفية .

ولسنا هنا فى صدد بحث اللوائح الادارية التنفيذية منها والمستقلة ، إلا من ناحية الاختصاص ، وبحسبنا أن نذكر أن اختصاص التشريع فى هذه الدائرة المحدودة إنما أعطى للسلطة التنفيذية بمقتضى الدستور ذاته ، نصاً أو عرفاً ، وما كان يجوز تخويل الادارة اختصاصاً فى التشريع إلا عن طريق الدستور . أما القول بأن السلطة التشريعية فوضت الادارة فى التشريع فقول أصبح الآن مهجوراً ، لأن السلطة التشريعية لايجوز لها أن

تفوض جهة أخرى فيما جعله الدستور من اختصاصها هى . وإذا وجد نص فى أحد القوانين يكلف السلطة التنفيذية أن تصدر من اللوائح والقرارات ما تنفذ به أحكام هذا القانون ، فهذا لايعتبر تفويضاً للادارة فى التشريع ، بل هى دعوة من السلطة التشريعية للادارة أن تباشر اختصاصها المنصوص عليه فى المادة ٣٧ من الدستور .

فى هذه الحدود الضيقة التى رسمها الدستور أو العرف الدستورى ، تكون الادارة مختصة بالتشريع . فإذا هى جاوزت هذه الحدود ، وأصدرت تشريعاً لايكون تنفيذيا أو مصلحياً أو بوليسياً ، كان هذا التشريع باطلا لصدروه من جهة غير مختصة .

وأكثر ما يكون ذلك عندما تصدر الادارة لائحة تنفيذية تتعارض مع التشريع الأصلى أو تعدله أو تعطله أو تعفى من تنفيذه . فتكون هذه اللائحة باطلة . لا لمخالفتها للتشريع فحسب ، بل أيضاً لصدروها من جهة غير مختصة .

كذلك إذا أصدرت الادارة لائحة ليست تنفيذا لتشريع أو ترتيباً لمصلحة عامة أو تنظيما لشأن من شؤون البوليس . كانت هذه اللائحة باطلة لصدروها من جهة غير مختصة . فلا يجوز إذن للادارة أن تتناول بتنظيم تشريعى شأناً من شؤون الحريات العامة أو حقاً من الحقوق العامة للأفراد كالحرية الشخصية أو حرية التجارة أو حق الملكية أو حق العمل ولا يجوز لها بنوع خاص أن تنظم بتشريع تصدره مسألة من المسائل التى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون . والعكس غير صحيح . فلا شىء يمنع السلطة التشريعية من أن تصدر لوائح تنفيذية أو مصلحية أو بوليسية بقوانين يقررها البرلمان . ولا تكون هذه القوانين باطلة لصدورها من جهة غير مختصة . ذلك أن البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية فى الأصل . فهو يشارك السلطة التنفيذية فيما تختص به من تشريعات غير رئيسية . وينفرد بالاختصاص فى التشريعات الرئيسية .

تشريع يصدر من جهة قضائية :

رأينا فيما قدمناه كيف يصدر تشريع من جهة إدارية ، ورسمنا الحدود التى تكون فيها الجهة الادارية مختصة بالتشريع . ونتصور الآن تشريعاً يصدر لا من جهة إدارية . بل من جهة قضائية ، فهل يكون هذا التشريع صحيحاً ؟

السلطة القضائية لا تختص بالتشريع أصلا . واختصاصها مقصور على الفصل فى الخصومات ، عن طريق قضائى أو عن طريق ولائى . فإذا جاوز القضاء حد الفصل فى خصومة معينة ، وقرر فى حكم من أحكامه قاعدة عامة مجردة ، لم تكن لهذه القاعدة قوة القانون إلا بقدر ما تكون تعبيراً صحيحاً عن القانون بالذات . فإن لم تكن كذلك فلا قوة لها ، ويجوز لمحكمة أخرى أن تخالفها ، بل تجوز المخالفة من المحكمة ذاتها التى أصدرت القاعدة . والحال غير ذلك فى القانون الانجليزى ، فإن هذا القانون يعترف بالقضاء مصدراً من مصادره . وكان للمحاكم الفرنسية فى العهود التى سبقت الثورة - وكانت هذه المحاكم تسمى بالبرلمانات (parlements) - الحق فى إصدار قواعد عامة مجردة هى تشريعات حقيقية ، فقضت الثورة الفرنسية على هذا الاختصاص . وأصبح الآن مسلماً أن المحكمة إذا أصدرت تشريعاً كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة .

وقد نصت المادة ٣٨ من قانون مجلس الدولة على أنه « إذا تبين لمجلس الدولة أو لقسم من أقسامه فى صدد بحث مسألة عرضت عليه أن التشريع غامض أو ناقص ، رفع إلى وزير العدل تقريراً فى هذا الشأن » . وظاهر أن هذا ليس اختصاصاً تشريعياً . وليس فى الأمر إلا دعوة لمجلس الدولة أن ينبه وزير العدل إلى تشريع غامض أو ناقص ، لعله أن يتدارك الأمر بالرجوع إلى السلطة التشريعية صاحبة الشأن وحدها فى إزالة الغموض وفى إستكمال النقص .

ثم إن المادة ١٨ من قانون مجلس الدولة تنص على أنه « فيما عدا مواعيد رفع الدعوى يجوز للجمعية العمومية لمحكمة القضاء الادارى أن تعدل مواعيد الاجراءات وأن تعين مواعيد للاجراءات التى لم تعين لها مواعيد فى هذا القانون . وتكون قرارات الجمعية الصادرة فى هذا الشأن نافذة بعد التصديق عليها بقرار من وزير العدل ونشره فى الجريدة الرسمية » . ونلاحظ فى صدد هذا النص أن الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الادارى قد وكل لها المشرع تعيين مواعيد الاجراءات ، فيما عدا مواعيد رفع الدعوى ، بوصف أنها هيئة إدارية لا هيئة قضائية ، ومن ثم جاز للمشرع أن يتطلب تصديق وزير العدل على قرارتها الصادرة فى هذا

الشأن . وتكون هذه القرارات بمثابة قرارات تنفيذية لتشريع رئيسى ، هو قانون مجلس الدولة ، الذى بسط الإجراءات للسلطة التنفيذية ، ممثلة فى الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإدارى وفى وزير العدل ، تتكفل بتعيينها ابتداء أو بتعديل ماتم تعيينه منها .

أما الاختصاصات التى خولها قانون مجلس الدولة لقسم التشريع وللجمعية العمومية لقسمى الرأى والتشريع فى صياغة مشروعات القوانين ومشروعات القرارات التنظيمية وفى مراجعتها فهى أيضاً اختصاصات تشريعية ، وفى حدود هذه الاختصاصات يعتبر مجلس الدولة سلطة إدارية ذات اختصاص تشريعى .

عمل ادارى يصدر من البرلمان دون أن ينص الدستور على اختصاص البرلمان به :

وننتقل هنا إلى وضع عكسى ، فنعرض لا إلى عمل تشريعى يصدر من غير البرلمان ، بل إلى عمل إدارى يصدر من البرلمان .

والأصل كما قدمنا أن البرلمان مختص بالتشريع لابالتنفيذ ، فهوإذن غير مختص بالأعمال الإدارية . إلا أن الدستور وكل إليه اختصاصاً فى أعمال إدارية بالذات ذكرها على سبيل التحديد والحصر . فإذا صدرت منه كانت صادرة من جهة مختصة . وهذه الأعمال بعضها يصدر من البرلمان فى صورة قانون ، وبعض آخر يصدر من أحد المجلسين فى صورة قرار .

أما الأعمال التى تصدر من البرلمان فى صورة قانون ، فقد حددها الدستور فى الأعمال الآتية .

(أولا) القروض العامة ، والتعهد بإنفاق مبالغ من الخزانة لسنوات مقبلة ، والتزام المرافق العامة ، والاحتكار ، وإنشاء الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية وإبطالها ، والتصرف المجانى فى أملاك الدولة [1] .

---

(١) وقد جمعت هذه الأعمال المادة ١٣٧ من الدستور وتجرى على الوجه الآتى :

«لايجوز عقد قرض عمومى ولا تعهد قد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة فى سنة او سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان . وكل التزام موضوعه استغلال موارد من مورد الثروة الطبيعية فى البلادأو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لايجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود- يشترط اعتماد البرلمان مقدماً فى إنشاء او إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر اعمال الرى التى تهم اكثر من مديرية ، وكذلك فى كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة» .

(ثانياً) الميزانية ، والاعتمادات الإضافية ، والحساب الختامى (١).

(ثالثاً) قيام الأحكام العرفية ، وإعلان الحرب الهجومية ، والتصديق على المعاهدات (٢).

(رابعاً) العفو الشامل (٣).

(خامساً) تعيين مخصصات الملك هو وأوصياء العرش والبيت المالك ، وتعيين خلف له على العرش إذا لم يكن هناك من يخلفه ، وإجازته فى أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة أخرى (٤).

---

(١) فقد نصت المادة ١٣٨ من الدستور على ان « الميزانية الشاملة لايرادات الدولة ومصروفاتها يجب تقديمها إلى البرلمان قبل ابتداء السنة المالية بثلاثة شهور على الأقل لفحصها واعتمادها . والسنة المالية يعينها القانون . وتقر المزانية باباً باباً » . ونصت المادة ١٤٣ من الدستور على ان « كل مصروف غير وارد بالمزانية او زائد على التقديرات الواردة بها يجب أن يأذن به البرلمان . ونصت المادة ١٤٤ من الدستور على ان « الحساب الختامى للادارة المالية عن العام المنقضى يقدم إلى البرلمان فى مبدا كل دور العقاد عادى لطلب اعتماده » . ونصت المادة ١٦٦ من الدستور على انه « إذا استحكم الخلاف بين المجلسين على تقرير باب من ابواب الميزانية يحل بقرار يصدر من المجلسين مجتمعين بهيئة مؤتمر بالأغلبية المطلقة . ويعمل بذلك إلى ان يصدر قانون بما يخالفه » . انظر المادة ١٤٥ من الدستور فيها يتعلق بمزانية وزارة الأوقاف .

(٢) فقد نصت المادة ٤٥ من الدستور على ان « الملك يعلن الأحكام العرفية . ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها . فاذا وقع ذلك الاعلان فى غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة » . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من الدستور على ما يأتى : « على أن إعلان الحرب الهجومية لايجوز بدون موافقة البرلمان . كما ان معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة او نقص فى حقوق سيادتها او تحميل خزانتها شيئاً من النفقات أو مساس بحقوق المصريين العامة او الخاصة لاتكون نافذة إلا إذا وافق عليها البرلمان » .

(٣) فقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور على أن « العفو الشامل لايكون إلا بقانون » .

(٤) فقد نصت المادة ٥٦ من الدستور على انه « عند تولية الملك تعين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه . ويعين القانون مرتبات اوصياء العرش على أن تؤخذ من مخصصات الملك » . ونصت المادة ٥٣ من الدستور على انه « إذا لم يكن من يخلف الملك على العرش فللملك ان يعين خلفاً له مع موافقة البرلمان مجتمعاً فى هيئة مؤتمر . ويشترط لصحة قراره فى ذلك حضور ثلاثة أرباع كل من المجلسين واغلبية ثلثى الأعضاء الحاضرين » . ونصت المادة ٥٤ من الدستور على انه « فى حالة خلو العرش لعدم وجود من يخلف الملك او لعدم تعيين خلف له وفقاً لأحكام المادة السابقة يجتمع المجلسان بحكم القانون فوراً فى هيئة مؤتمر لاختيار الملك ويقع هذا الاختيار فى مدى ثمانية أيام من وقت اجتماعهما . ويشترط لصحته حضور ثلاثة ارباع كل من المجلسين واغلبية ثلثى الأعضاء الحاضرين » . ونصت المادة ٤٧ من الدستور على انه « لايجوز للملك أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة اخرى بغير رضاء البرلمان . ولا تصح مداولة اى من المجلسين فى ذلك إلا بحضور ثلثى اعضائه على الأقل . ولا يصح قراره إلا بأغلبية ثلثى الأعضاء الحاضرين » .

(سادساً) أعمال إدارية أخرى وقتية ، تولاها الدستور ذاته طبقاً لما ورد فيه من الأحكام(١) .

ويلاحظ أن جميع الأعمال التى تقدم ذكرها هى أعمال إدارية تصدر من البرلمان بمجلسيه . وقد نص الدستور فى بعض منها على أن تصدر فى صورة قانون ، وذلك فى التزام المرافق العامة والاحتكار والعفو الشامل ومخصصات الملك والأوصياء على العرش والبيت المالك ، واقتصر فى بعض آخر على تطلب موافقة البرلمان أو اعتماده أو إقراره أورضائه . وقد جرت السوابق الدستورية على عدم التمييز بين عمل وآخر ، فتصدر هذه الأعمال جميعها فى صورة قانون ، فيما عدا تقرير استمرار الأحكام العرفية .

والأعمال التى تصدر من أحد المجلسين ، فى صورة قرار ، تقرب كثيراً من الأعمال القضائية . وهذه هى :

(أولا) اتهام الوزراء والعفو عنهم(٢) .

(ثانياً) الفصل فى صحة النيابة ، والفصل من عضوية المجلس(٣) .

---

(١) فقد نصت المادة ١٦١ من الدستور على ان « مخصصات جلالة الملك الحالى (المغفور له فؤاد الأول) هى ١٥٠٠٠٠ جنيه مصرى . ومخصصات البيت المالك هى ١١١٥١٢ جنيها مصريا . وتبقى كما هى لمدة حكمه . وتجوز زيادة هذه المخصصات بقرار من البرلمان » . ونصت المادة ١٦٢ من الدستور على ان يكون « تعيين من يخرج من اعضاء مجلس الشيوخ فى نهاية الخمس السنوات الأولى بطريقة القرعة . ومدة نيابة هؤلاء الشيوخ والنواب المنتخبين الأولى تنتهى فى ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٨ » . ونصت المادة ١٦٥ من الدستور على ان « تعرض على البرلمان عند إنعقاده ميزانية سنة ١٩٢٣ - ١٩٢٤ المالية . ولايسرى القانون الذى يصدر بمزانية السنة المذكورة إلا عن المدة الباقية منها من يوم نشره . اما الحساب الختامى للادارة المالية من سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣ فيعتبر كانه مصدق عليه من البرلمان بالحالة التى صدق عليه بها مجلس الوزراء » .

(٢) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من الدستور على ان لمجلس النواب وحده حق اتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم . ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى الأراء » . ونصت المادة ٧٢ من الدستور على أن « لا يجوز العفو عن الوزير المحكوم عليه من مجلس الأحكام المخصوص إلا بموافقة مجلس النواب » .

(٣) فقد نصت المادة ٩٥ من الدستور على ان « يختص كل مجلس بالفصل فى صحة نيابة اعضائه . ولا تعتبر النيابة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى الأصوات . ويجوز ان يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى » . وقد تمهد فعلا قانون صدر حديثًا بهذا الاختصاص إلى محكمة النقض . ونصت المادة ١١٢ من الدستور على انه « لا يجوز فصل احد من عضوية البرلمان إلا بقرار صادر من المجلس التابع هو له . ويشترط فى غير احوال عدم الجمع وأحوال السقوط المبينة بهذا الدستور وبقانون الانتخاب ان يصدر القرار بأغلبية ثلاثة ارباع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس » .

(ثالثاً) الإذن فى اتخاذ إجراءات جنائية نحو عضو البرلمان[١] .هذه هى الأعمال التى يختص بها البرلمان أو أحد جلسيه ، ذكرها الدستور على سبيل الحصر كما قدمنا . فلا يجوز للبرلمان أن يباشر عملا إدارياً غيرها ، وإذا باشره كان هذا العمل باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . ومن ذلك نرى أن منح الجنسية المصرية معين ، وهو عمل إدارى ، لا يجوز أن يصدر بقانون ، لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الإدارية التى يجوز صدورها من البرلمان ، ومع ذلك فقد نصت المادة ٧ من قانون الجنسية الجديد (القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠) على أنه « يجوز دون توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥ منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبى يكون قد أدى للدولة خدمات جليلة » . وقبل ذلك نصت المادة ١١ من قانون الجنسية القديم (القانون رقم ١٩ لسنة ١٩١٩) على أنه « يجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص للأجنبى الذى يكون قد أدى خدمات جليلة لمصر وبدون أى شرط آخر » . فالنص فى هذين القانونين على جواز منح الجنسية المصرية بقانون لشخص معين نص باطل لمخالفته للدستور . والقانون الذى يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية ، تطبيقاً لهذا النص الباطل ، هو أيضاً قانون باطل ، لأنه فى حقيقته عمل إدارى صدر من جهة غير مختصة . ولا يكسب شخص الجنسية المصرية إلا بمقتضى قواعد عامة مجردة يضعها البرلمان ، غير ناظر فيها إلى شخص معين بالذات ، وذلك تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور وهى تنص على أن « الجنسية المصرية يحددها القانون » .

ولا فرق ، فى العمل الإدارى الذى لا يختص به البرلمان ، بين أن يصدر فى صورة عمل إدارى أو أن يصدر فى صورة تشريع ، فهو باطل فى الحالتين على السواء . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

---

(١) فقد نصت المادة ١١٠ من الدستور على أنه « لا يجوز أثناء دور الانعقاد اتخاذ إجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية » .

الشكل

ويجب أيضاً ، حتى يكون التشريع دستورياً ، أن يكون قد استوفى الشكل الذى أوجبه الدستور . وأهم مسائل الشكل فى التشريع هى الإجراءات التى يجب اتباعها لاستصدار التشريع من البرلمان . وهذه الاجراءات نجد أسسها مدونة فى الدستور ، وتفصيلاتها مبسوطة فى اللائحتين الداخليتين لمجلسى الشيوخ والنواب(١) .

أما الأسس المدونة فى الدستور فتتلخص فى أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب (م ٢٤) ، ومن ثم لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك (م ٢٥ وم ٣٤) ، وتكون القوانين نافذة بإصدارها من الملك ويستفاد الإصدار من النشر فى الجريدة الرسمية(م٢٦) ، وإذا لم ير الملك التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان رده إليه فى مدى شهر لإعادة النظر فإذا لم يرد القانون فى هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك عليه وصدر (م ٣٥) ، أما إذا رد وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر ، فإذا كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظرية فيه دور الانعقاد نفسه فإذا عاد البرلمان فى دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة صار له حكم القانون وأصدر (م ٣٦) . وحق اقتراح القوانين يكون للملك ولمجلسى الشيوخ والنواب عدا ما كان منها خاصاً بإنشاء الضرائب أو زيادتها فاقتراحه للملك ولمجلس النواب (م ٢٨) . زكل مشروع قانون يحال إلى لجنة لفحصه (م ١٠٢ وم ١٠٣) . وأدوار الانعقاد واحدة للمجلسين ، فإذا إجتمع أحدهما أو كلاهما فى غير الزمن القانونى فالاجتماع غير شرعى والقرارات التى تصدر فيه باطلة بحكم القانون (م ٩٧) ، وإذا حل مجلس النواب توقف جلسات مجلس الشيوخ (م ٨١) . ومركز البرلمان مدينة القاهرة ، على أنه يجوز عند الضرورة جعل مركزه فى جهة أخرى بقانون ، واجتماعه فى غير المكان المعين له غير مشروع وباطل بحكم

---

(١) لا شأن لنا هنا بالتشريعات الأساسية التى يجوز بها تنقيح الدستور ، فهذه تشريعات اشترط فيها الدستور شروطاً خاصة جعلتها اصعب بكثير من التشريعات العادية (انظر المواد ١٥٦ و ١٥٨ ومن الدستور) .

القانون (م ٩٠) . وقبل أن يتولى أعضاء مجلسى الشيوخ والنواب عملهم يقسمون اليمين علناً بقاعة الجلسة (م ٩٤) . وجلسات المجلسين علنية فى الأصل ويجوز أن تكون سرية بشروط خاصة (م ٩٨) . ولا يجوز لأى من المجلسين أن يقرر قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه (م ٩٩) ، وفى غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة وعند تساوى الآراء يكون الأمر الذى حصلت المداولة بشأنه مرفوضاً (م ١٠٠) . ولا يجوز لأى المجلسين تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأى فيه مادة مادة (م ١٠٤) ، وتعطى الآراء بالتصويت شفهياً أو بطريقة القيام والجلوس أو بالمناداة على الأعضاء بأسمائهم حسب الأحوال (م ١٠١) . وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه البرلمان لا يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد نفسه (م ١٠٦) . وفيما عدا الأحوال التى يجتمع فيها المجلسان بحكم القانون فإنهما يجتمعان بهيئة مؤتمر بناء على دعوة الملك فى الأحوال التى نص عليها الدستور (م ١٢٠) .

هذه هى بوجه عام الإجراءات اللازمة لا ستصدار تشريع من البرلمان ، نص عليها الدستور من حيث الزمان والمكان وكيفية فحص مشروع القانون والأغلبية اللازمة لاءقراره ونظام اجتماع المجلسين ونصاب صحة الاجتماع وطريقة التصويت ونحو ذلك .

وفى اللائحتين الداخليتين لمجلسى الشيوخ والنواب نقرأ تفصيلا لهذه الاجراءات . فمشروعات القوانين ترد إلى المجلس من الحكومة مباشرة بمرسوم يعرض على مجلس الدولة أو من المجلس الآخر بعد إقرارها منه . وتحال من المجلس إلى اللجنة المختصة لفحصها وتقديم تقرير عنها . كما أن لكل عضوان يقدم للرئيس اقتراحاً بمشروع قانون ، فيحال أولا إلى لجنة الاقتراحات لتقدم عنه تقريراً ، فإذا قرر المجلس نظر الاقتراح أحاله إلى اللجنة المختصة بنظر موضوعه . وعلى كل لجنة أن تقدم تقريراً فى ظرف شهر من مدة العمل البرلمانى عن كل موضوع يحيله المجلس إليها ، ويقدم التقرير لرئيس المجلس لعرضه على المجلس . وتبدأ المداولة بمناقشة المشروع إجمالا من حيث المبدأ ، ثم يؤخذ الرأى على قبوله أورفضه . فإذا تقرر القبول يشرع المجلس فى مناقشة مواده مادة مادة

بعد تلاوة كل منها ، ويؤخذ الرأى على كل مادة . ثم يؤخذ الرأى على مجموع المشروع فى مرحلة تالية . ويكون الاقتراع النهائى على القوانين فى مجموعها بالنداء بالاسم . وإذا قرر المجلس بلا تعديل مشروع قانون سبق للمجلس الآخر تقريره ، رفع هذا المشروع إلى الملك للتصديق عليه .

والإجراءات التى قدمناها . ما ورد منها فى الدستور وما جاء فى اللائحتين الداخليتين ، بعضها جوهرى جزاء الإخلال به بطلان التشريع ، وبعضها غير جوهرى لا يترتب على الإخلال به البطلان . وعلى فقهاء القانون الدستورى أن يميزوا هذه الإجراءات بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى ، ناظرين فى كل إجراء إلى الغاية التى توخيت فى وضعه . ويغلب أن يكون الإجراءات التى وردت فى الدستور جوهرية ، وإن كان هذا لا يتحم ، وبعضها يصرح الدستور أن الإخلال به جزاؤه البطلان أما الإجراءات التى وردت فى اللائحنين الداخليتين فبعضها جوهرى وبعضها غير جوهرى .

ونورد ، على سبيل التمثيل ، حالات نرى أن الإجراء فيها جوهرى ، وأخرى نرى الإجراء فيها جوهرى ، وثالثة هى محل للنظر .

حالات الإجراء فيها جوهرى :

١ - إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون فى غير دور الانعقاد ، أو نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب منحل ، كان الاجتماع غير شرعى ، ومن ثم يكون التشريع الذى يقره هذا المجلس باطلا من ناحية الشكل .

٢ - إذا اجتمع أحد المجلسين فى غير المكان المعين له وأقر مشروع قانون ، كان اجتماعه غير شرعى ، وكان التشريع باطلا من ناحية الشكل .

٣ - إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه ، وأقر تشريعاً ، كان هذا التشريع باطلا من ناحيته الشكلية .

٤ - إذا أقر المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة ، كان التشريع باطلا كذلك .

٥ - إذا قدم أحد أعضاء مجلس الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة ، فأقره البرلمان ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل لأن أعضاء

مجلس الشيوخ لا يملكون اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها كما سلف القول .

٦ - إذا رد الملك دون تصديق مشروع قانون ، ثم أقر البرلمان المشروع مرة ثانية فى الدور نفسه بالأغلبية المطلقة ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل ، لأن الأغلبية الخاصة التى يتطلبها الدستور فى هذه الحالة لم تتوافر .

٧ - إذا اختلف المجلسان فى مشروع قانون غير الميزانية ، واجتمع البرلمان فى مؤتمر وأقر المشروع ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل . ويختلط هنا الشكل بالاختصاص ، لأن المؤتمر غير مختص إلا بأمور معينة ذكرها الدستور على سبيل الحصر .

حالات الاجراء فيها غير جوهرى :

١ - إذا تأخرت اللجنة التى أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر فى تقديم تقريرها ، لم يكن هذا التأخر موجباً للبطلان .

٢ - إذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون ، ولم يحل على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع ، كما تقضى المادة ١٠٣ من الدستور ، لم يكن هذا موجباً للبطلان .

٣ - إذا انعقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس - لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء كما تقضى المادة ٩٨ من الدستور - فقرر المجلس أن تجرى المناقشة فى جلسة سرية ، فالتشريع الذى يقرره المجلس فى هذه الجلسة السرية لا يكون باطلا من ناحية الشكل .

٤ - إذا أخذ الرأى ، فى مشروع قانون ، على المبدأ والمواد فى وقت واحد ، لم يكن هذا موجباً للبطلان .

٥ - إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ ومن حيث المواد ، ثم أخذ الرأى بالاسم على المشروع فى الجلسة ذاتها لا فى جلسة تالية ، لم يكن هذا موجباً للبطلان .

حالات الاجراء فيها للنظر :

(١) إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان ، وجب أن تقدمه فى صورة مرسوم بمشروع قانون ، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضيه الملك ، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان لإقراره . وهذا الحكم يستخلص من المادة ٢٨ من الدستور إذ تنص على أن للملك حق اقتراح القوانين . ولكن تقديم مشروع القانون ، بعد أن يقره البرلمان ، إلى الملك للتصديق عليه ، هل يشترط فيه هو أيضاً موافقة مجلس الوزراء ؟ لا نرى هذا واجباً . وقد كان العمل يجرى على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها حتى يتحقق من ناحية الشكل أن الملك يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه ، ثم عدل عن ذلك ، وأصبحت مشروعات القوانين ترفع رأساًإلى الملك من رئيس مجلس الوزراء .

(٢) إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمة إلى البرلمان ، ووضعته من أجل ذلك فى صورة مشروع مرسوم ، وجب عليها أولا أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغنة . فإذا هى لم تعرضه ، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان فأقره وصدق عليه الملك ، أيكون التشريع باطلا بسبب أنه لم يعرض غلى قسم التشريع بمجلس الدولة ؟ يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريع فى هذه الحالة ، ويحتج لذلك بأن نص المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة صريح فى وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فأى مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع يكون باطلا من ناحية الشكل ، فإذا بنى على هذا المرسوم الباطل تشريع كان التشريع باطلا هو أيضاً ، وما بنى على الباطل فهو باطل . ولا يقدح فى صحة هذا الرأى أن البرلمان هو صاحب التشريع ، وأنه هو الذى وضع المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة وأوجب بها أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فله أن يستثنى من هذا الحكم العام مشروعاً معيناً أقره هو وإن لم يصغه قسم التشريع .فالرد على الاعتراض يسير ، إذ من المسلم أنه لا يجوز لجهة تضع قاعدة تنظيمية أن تستثنى من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقوم بتعديل القاعدة بحيث تتسع لهذا الاستثناء . كذلك لا يقدح فى صحة هذا الرأى الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور ، وأن

نصوص الدستور لا تتطلب فى التشريع أن يضوغة قسم التشريع بمجلس الدولة بل كل ما يتطلبه هو موافقة البرلمان وتصديق الملك . ذلك أن المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة . إذ توجب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، لا تضيف جديداً على أحكام الدستور ، بل هى تؤكد هذه الأحكام وتكفل الدقة فى تنفيذها ، فإن الصياغة التى يتولاها قسم التشريع تتوخى كغرض من أهم أغراضها ألا يتعارض التشريع مع الدستور ، وهذا التعارض يأباه الدستور ويستنكره ، فتكون المادة ٣٥ كفيلة بتنفيذ أحكام الدستور وليس من شأنها أن تضيف على هذه الأحكام شيئاً جديداً .

ولكننا ، بالرغم من هذه الحجج القويةالتى يسوقها أصحاب هذا الرأى لتأييده ، لا نشاركهم فيه . وعندنا أن التشريع الذى لم يسبق عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة لا يكون باطلا . ونقول بذلك ، لا لأن العرض على قسم التشريع ليس واجباً ، بل هو أمر واحب ، والمادة ٣٥ صريحة فى هذا المعنى . وللبرلمان أن يرد المشروع إلى الحكومة لتعرضه على قسم الشريع . ولكن هذا العرض ، مع أنه إجراء واجب ، ليس بإجراء جوهرى حتى يترتب على الإخلال به البطلان . ونرحع فى ذلك إلى الغرض الذى توخاه المشرع عندما أوجب عرض مشروعات القوانين والقرارات التنظيمية على قسم التشريع لصياعتها . لقد أراد من وراء ذلك إقامة مجلس الدولة رقيباً لا على السلطة التشريعية بل على السلطة التنفيذية عندما تقترح مشروع قانون أو عندما تصدر قراراً تنظيمياً ، حتى لا تصطدم فى مشروع قانونها بالدستور وحتى لا تتعارض فى قرارها التنظيمى مع القوانين . فرقابة مجلس الدولة إذن مبسوطة على السلطة التنفيذية وحدها . أما السلطة التشريعية فلم ترد أن تقيم من مجلس الدولة رقيباً عليها ، وهى تتحقق بنفسها فى نهاية الأمر من أن مشروع القانون المعروض عليها لا يصطدم بالدستور . لذلك كان العرض على قسم التشريع ، من حيث هو رقابة على مشروعات القوانين ، ليس بإجراء جوهرى ، فلا يكون الإخلال به موجباً لبطلان التشريع أما العرض على قسم التشريع ، من حيث هو رقابه على القرارات التنظيمية ، فهو إجراء

جوهرى ، والإخلال به يترتب عليه بطلان القرار التنظيمى . وقد صدر بهذا المعنى الأخير حكم حديث من محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة[1] .

(٣) إذا عرض على أحد المجلسين مشروع قانون وجب أخذ الرأى فيه مادة . بهذا الإجراء تقضى المادة ١٠٤ من الدستور ، وهو إجراء جوهرى . ولكن يسبق هذا مداولة المجلس فى المشروع من حيث المبدأ وأخذ الرأى على قبوله أو رفضه من الناحية وحدها . وقد رأينا أنه يجوز أخذ الرأى على المبدأ والمواد فى وقت واحد دون أن يكون ذلك موجباً للبطلان . فتقديم الرأى فى المبدأ على الرأى فى المواد ليس بالإجراء الجوهرى . ولكن إذا لم يؤخذ الرأى فى المبدأ إطلاقاً ولم يتداول المجلس فيه ، لا قبل مناقشة المواد ولا عند مناقشتها ، بل تداول المجلس رأساً فى المواد وأقرها مادة مادة ، أيكون هذا إجراء جوهرياً يترتب على الاخلال به البطلان ؟ قد تختلف الأنظار فى ذلك ، ونحن نرى أن هذا الاجراء ليس بجوهرى ، لأن الموافقة على المواد تفترض ضمناً إقرار المبدأ .

(٤) إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان ، فإن المادة ١٠٦ من الدستور لاتجيز تقديم هذا المرشوع ثانية فى دور الانعقاد نفسه . فهل تقديم المشروع فى دور الانعقاد نفسه يعتبر إجراء جوهرياً و وهل إذا قدم العضو المشروع ثانية فى دور انعقاد نفسه وأقره البرلمان ، يكون التشريع باطلا ؟ لانظن ذلك ، لأن المادة ١٠٦ إنما هى خطاب من الدستور لعضو البرلمان الذى قدم المشروع ، ينهاه فيه عن إضاعة وقت البرلمان فى أمر سبق له أن رفضه ، وليست خطاباً للبرلمان ينهاه فيه عن إقرار المشروع فى دور الانعقاد نفسه إذا كان البرلمان قد رجع عن رأيه فى المشروع ورأى إقراره .

(٥) إذا اقر البرلمان مشروع قانون ولم يصدق عليه الملك ولكن لم يرده فى مدى شهر لإعادة النظر فيه ، أو صدق عليه وأصدره ولكن لم ينشر ، فإن مشروع القانون يصبح قانوناً بالرغم من عدم النشر فى الحالتين . فالنشر إذن ليس بإجراء جوهرى ، بل ولا بإجراء واجب ، فى قيام القانون . ولكنه إجراء واجب فى نفاذه . ويترتب على ذلك أنه

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (قضايا رقم ٤٨١ و ٤٨٩ و ٥٨٠ و ٥٨٦ و ٥٩٠ السنة الرابعة القضائية) .

إذا امتنعت السلطة التنفيذية عن نشر قانون وافق عليه البرلمان وصدق عليه وأصدره ، لم يكن هذا القانون نافذاً . ولكن امتناع الحكومة عن نشره يكون أمراً مخالفاً للدستور ، ويعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالالغاء . فإذا هو ألغى فعلا ، ولكن القانون مع ذلك لم ينشر ، أيكون القانون نافذاً بمقتضى حكم الإلغاء ، أم أن النشر الفعلى إجراء جوهرى لنفاذ القانون ؟ قد يقال هنا إن الحكمة من نشر القانون هو حصول العلم به ، والعلم لا يحصل إلا بالنشر الفعلى ، وإذا امتنعت الحكومة عن نشر القانون تكون قد امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء ، ولا يعدل التنفيذ مجرد قيام الحكم فيما يقتضى التنفيذ فيه عملا إيجابياً مادياً ، ولكن للمحكوم له فى هذه الحالة أن يرجع على الحكومة بالتعويض . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن نشر القانون فى مضابط البرلمان يعدل نشره فى الجريدة الرسمية ، وهذا الرأى محل للنظر .

(٣)
المحل

ويجب كذلك حتى يكون التشريع دستوريا أن يكون محله غير مخالف للدستور . ونستعرض فى هذا الصدد مبدأين أساسيين :

(**أولا**) حتى يكون محل التشريع غير مخالف للدستور ، يجب أن يكون متفقاً مع مبدأ الفصل ما بين السلطات ، وهو مبدأ مستفاد من المواد ٢٣ إلى ٣١ من الدستور .

(**ثانياً**) ويجب أيضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص من النصوص الدستورية التى ترسم للمشرع سلطة محددة (pouvoir lié) . أما ما يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية (pouvoir discrétionnaire) ، فهذه هى منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، لا منطقة مخالفة الدستور ، كما سنرى .

أولا – مبدأ الفصل بين السلطات

تنص المادة ٢٣ من الدستور على أن « جميع السلطات مصدرها الأمة ، واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور » . وتنص المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ

والنواب». وتنص المادة ٢٥ على أنه «لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك». وتنص المادة ٢٩ على أن «السلطة التنفيذية يتولاها الملك فى حدود هذا الدستور» وتنص المادة ٣٠ على أن «السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها».

ويفهم من هذه النصوص أن الدستور وزع السلطات الثلاث - التشريعية والتنفيذية والقضائية - على هيئات ثلاث فصل فيما بينها، وجعل كل هيئة. تباشر سلطة معينة منها ولا تباشر غيرها.

فالبرلمان - ويشترك معه الملك أى السلطة التنفيذية فى الحدود التى رسمها الدستور - يباشر السلطة التشريعية، ولا يباشر سلطة تنفيذية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء وبمقتضى نص خاص فى الدستور كما سبق القول.

والإدارة تباشر السلطة التنفيذية، ولا تباشر سلطة تشريعية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء، وبمقتضى نص خاص فى الدستور أو بمقتضى عرف دستورى كما أسلفنا[1].

والقضاء يباشر السلطة القضائية. «وترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون» (م ١٢٥ من الدستور). وكذلك الحال فى المحاكم العسكرية، إذ نص الدستور على أن «يوضع قانون خاص شامل لترتيب المحاكم العسكرية وبيان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها» (م ١٣١). والسلطة القضائية لا تعمل إلا عن طريق الفصل فى الخصومات، ولا يجوز أن تصدر تشريعاً أو قراراً إداريا.

ونلمح من هذا معنى الفصل بين هذه السلطات الثلاث. فالسلطة التشريعية عملها هو التشريع. والسلطة التنفيذية عملها هو تطبيق هذا التشريع على الحالات الفردية. والسلطة القضائية عملها هو الفصل فى الخصومات التى تقوم فى شأن هذا التطبيق.

ولما كان بحثنا مقصوراً على السلطة التشريعية، وكان عمل هذه السلطة هو التشريع كما قدمنا، فعلينا الآن أن نبين الطبيعة القانونية

---

(١) وتباشر الإدارة سلطة قضائية عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى، وهذا فى بمقتضى عرف دستورى.

للتشريع ، حتى إذا خرج عمل البرلمان عن هذه الطبيعة ، لم يكن تشريعاً وكان باطلا لمخالفة محله للدستور .

طبيعـة التشريع :

التشريع قاعدة عامة مجردة (règle générale et abstraite) . هذه هى طبيعته ولا يجوز أن يخرج عنها . فإذا وضع البرلمان تشريعاً ، ولم يكن هذا التشريع قاعدة عامة مجردة ، بل كان قراراً فردياً وضع لحالة معينة بالذات ، كان باطلاً لخروجه عن طبيعة التشريع . ويحسن أن ننبه إلى الفرق بين ما نحن بصدده وما سبق أن قررناه من أن البرلمان إذا أصدر قراراً فردياً فى غير الحالات التى نص عليها الدستور كان قراراً باطلاً . فنحن هنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه تشريع لا على أنه قرار فردى ، فيجب أن يكون هذا الفعل متفقاً مع طبيعة التشريع فى عمومه وتجرده ، وإلا كان باطلاً لعيب فى المحل . أما هناك فكنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه قرار فردى لا على أنه تشريع ، فيجب أن يكون هذا العمل داخلاً ضمن القرارات الفردية التى جعلها الدستور على سبيل الإستثناء من اختصاص البرلمان ، وإلا كان باطلاً لعيب فى الاختصاص .

قلنا إن التشريع قاعدة عامة مجردة ، وهذا هو المعيار المادى للتشريع critère matériel ، وهو المعيار الذى يعتد به دون المعيار الشكلى critère formel . وإنما يعتد بالمعيار الشكلى عند تحديد مدى رقابة القضاء ، فالتشريع إذا صدر من سلطة تنفيذية كان قراراً إدارياً وفقاً للمعيار الشكلى ، وتكون رقابة القضاء عليه من حيث المدى هى عين رقابته على سائر القرارات الإدارية كما سبق القول . أما فى غير رقابة القضاء فالمعيار الموضوعى هو المعتبر فى التشريع .

ومعنى أن التشريع قاعدة عامة هو أنه لا يميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى مماثلة مما يدخل فى نطاق تطبيقه ، بل يطبق على جميع الحالات الفردية المتماثلة التى صدر منظماً لها على السواء ، وهو بهذا المعنى يحقق فكرة المساواة ، ومعنى أنه قاعدة مجردة هو أنه لا يوضع لحالة فردية بالذات ، بل يصدر مجرداً ليطبق على طائفة من الحالات الفردية ، فلا يستنفد غرضه بمجرد تطبيقه على حالة منها ، وهو بهذا

المعنى ينفى فكرة التحيز ، ويلاحظ أن التشريع ، بحكم أنه قاعدة عامة ، يكون قاعدة مجردة . فصفة التجرد فرع عن صفة العموم . وهاتان الخصيصتان ، العموم والتجرد ، هما اللتان تضفيان على التشريع ما يمتاز به من القدرة على حماية الحقوق ، ويقول إسمان Esmein فى هذا المعنى : « إن الذى يسبغ على التشريع ميزته فى حماية الحقوق هو طبيعته ذاتها ، فهو لا يقرر شيئاً لمصلحة فردية بل يتوخى مصلحة الجميع ، ولا يضع قاعدة لفرد بالذات ، بل يضعها لجميع الناس ، وفى وقائع مستقبلة ، وعلى وجه دائم »[١] .

فالتشريع إذا لم يكن عاماً مجرداً ، بل قصد إلى حالة فردية بالذات ، فقد طبيعة التشريع ، وكان باطلاً لمخالفته الدستور فى محله . ويأتى ديجيه (Duguit) بأمثلة ثلاثة لتشريعات قصدت إلى حالات فردية ، فاعتبرها باطلة ، ولكنه قال إن القضاء الفرنسى لا يملك الرقابة عليها لأن القضاء فى فرنسا لا يجعل لنفسه أية رقابة على التشريع[٢] . فقد صدر تشريع فرنسى فى ١٣ من يوليو سنة ١٩٠٦ يقضى بإعادة ضابط بالذات اسمه بيكار (Piequart) من الاستيداع إلى الخدمة العاملة وبترقيته . وصدر تشريع ثان فى اليوم ذاته بترقية الضابط دريفيس (Dreyfus) إستثناء من أحكام المادة ٤ من قانون ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ . وصدر تشريع ثالث فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ يقضى بتسريح مجندى سنة ١٩٠٣ قبل الميعاد القانونى بإستثناء مجندى الفرقة السابعة عشرة من فرق المشاة الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ من منتصف الليل إلى ظهر ذلك اليوم . ولا شك فى أن التشريعين الأولين ليسا إلا قرارين فرديين ، أما الثالث فيختلف عنهما ، وسنعود إليه فيما يلى .

---

(١) «Ce qui fait la vertu proterice de la lol, c'est sa conception méme, qu'elle statue non dans un intérét particulier, mais dans l'intérét commun, non à l'égard d'un individu isolé mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours». (Esmein, Droit Const. 7 éd. I p. 23).

(٢) ديجيه فى القانون الدستورى طبعة ثانية ٢ ص ١٤٦ ـ ص ١٤٧ . ونرى أن تشريعاً يحل محل أمر عرفى ، كان قد صدر بحل جمعية بعينها . يكون تشريعاً باطلاً لأنه قصد إلى حالة فردية بالذات .

والحق أن فكرة العموم والتجرد التى تنطوى عليها طبيعة التشريع هى الأساس الذى تقوم عليه الحماية المستمدة من القانون . وقد ظهرت هذه الحماية تدرجاً . فلم يكن التشريع فى القديم هو مصدر القانون ، بل كان المصدر هو العرف . ثم تطورت المدنية وتقدمت ، وظهر التشريع مصدراً للقانون يحمى الناس بعمومه وتجرده . وامتدت الآفاق التى ينبسط فيها التشريع حتى أصبح فى الوقت الحاضر هو المصدر الأول ، فحقق بفضل ما ينطوى عليه من عموم وتجرد ، تحقيقاً عملياً ، مبدأ سيادة القانون (Le principe de légalité) .

بعض حالات هامة يعتبر فيها التشريع عاماً مجرداً :

على أن القول بوجوب أن يكون التشريع عاماً مجرداً يدعو إلى استعراض بعض حالات هامة تحتاج إلى إطالة النظر . ذلك أنه لايمنع من العموم والتجرد ألا يطبق التشريع إلا مرة واحدة أو ألا يطبق إلا على فرد واحد . ولا يمنع أيضاً من العموم والتجرد أن يكون التشريع موقوتاً بمدة محدودة أو مقصوراً على مكان معين ، ولا يمنع أخيراً من العموم والتجرد أن يكون نطاق التشريع محصوراً فى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع . ونستعرض هذه الحالات الثلاث ، وبخاصة الحالة الثالثة فهى أدقها جميعاً .

(١) قلنا إنه لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه لايطبق بالفعل إلا مرة واحدة . فقد يحدث أن تشريعاً عاماً مجرداً يطبق على حالة فردية واحدة ، ثم الغى قبل أن يطبق على حالة فردية أخرى ، فما دام التشريع قد كان فى ذاته عاماً مجرداً ، وقد أعد للتطبيق على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه ، فإن صفتى العموم والتجرد تبقيان له حتى لو لم يطبق بالفعل إلا مرة واحدة ، إذ العبرة هنا بالقابلية للتطبيق لا بالتطبيق الفعلى .

كذلك لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أنه يطبق على فرد واحد ، ما دام قابلا لأن يتكرر تطبيقه على كل فرد يخلفه . فالتشريع الخاص بوراثة العرش لايطبق فى وقت معين إلا على فرد واحد هو من يرث العرش ، ولكنه معد للتطبيق على جميع من يرثون العرش دون حصر ،

متعاقبين واحداً بعد الآخر . كذلك يكون عاماً مجرداً تشريع صدر لمناسبة شخص بالذات لصفات تميزه ، ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله .

(٢) ولا يمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون تشريعاً موقوتاً بمدة محددة . وأكثر ما يكون ذلك فى الأحكام الوقتية والأحكام الانتقالية التى تختتم بها عادة التشريعات الهامة ، وكذلك التشريعات التى قصد أن يكون تطبيقها فى خلال وقت معين كالتشريعات التى تصدر فى أثناء الحرب وتحدد لها مدة معينة أو ينص فيها على أن تبقى إلى إنتهاء الحرب . فما دام التشريع يطبق طوال المدة المحددة على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه دون تمييز بين حالة وأخرى ، وما دام لايقصد إلى حالة فردية بالذات من هذه الحالات ، فهو عام مجرد ولو عن المدة المحدودة التى يطبق فيها .

كذلك قد يكون التشريع محدوداً ، لا بالنسبة إلى الزمان ، بل بالنسبة إلى المكان ، فيطبق على جميع الحالات الفردية المحصورة فى المكان ، دون تمييز بين حالة وأخرى ودون قصد إلى حالة فردية بالذات . مثل ذلك ما نص عليه قانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٤٦ من أنه « ابتداء من تاريخ نفاذ هذا القانون يبطل العمل فى المناطق والجهات المبينة فى المادة الثانية بالنظم والإجراءات القضائية الخاصة المتبعة فيها الآن ، ويستبدل بها نظام القضاء العام والإجراءات المتبعة أمامه » . ومثل ذلك ايضاً ما نص عليه قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ من أنه « يجوز أن تزرع جميع أصناف القطن فى المنطقة الشمالية من الوجه البحرى المبينة بالملحق المرافق لهذا القانون . ولوزير الزراعة بقرار يصدره أن يمنع زراعة أى صنف من أصناف القطن خلاف صنف القطن كرنك فى أى جهة من المنطقة المبينة فى الملحق المشار إليه . ولايجوز أن يزرع من أصناف القطن فى باقى أراضى المملكة غير أصناف القطن الأشمونى والزاجورة ٣٠ والجيزة ٢٣ » .

وأخيراً لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً أن يكون نطاقه محصوراً فى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، ما دام لايميز فى هذه الطائفة المحدودة بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، وما دام

لايقصد به أن يطبق على شخص معين أو على واقعة بالذات . فهو عام مجرد فى حدود هذه الطائفة المحددة من الأشخاص أو الوقائع ، كما رأيناه عاماً مجرداً فى حدود مدة معينة أو فى حدود مكان معين . فالتشريع قد يكون إذن محدود التطبيق من حيث الزمان أو المكان أو الأشخاص أو الوقائع ، ويبقى مع ذلك عاماً مجرداً .

وهذه الحالة الثالثة هى أهم الحالات المتقدمة كما سبق القول إذ يقع فيها كثير من اللبس ، وقد يؤدى هذا اللبس إلى إعتبار تشريعات محدودة من حيث الأشخاص أو الوقائع تشريعات باطلة لمخالفتها للدستور . رأينا ذلك فيما قدمناه عن ديجيه عند ما عد التشريع الفرنسى الصادر فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ بمنع طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٣ من الانتفاع بالتسريح المبكر ، تشريعاً باطلاً إذ اعتبره تشريعاً فردياً . ونميل إلى اعتبار هذا التشريع عاماً مجرداً ، وإن كان لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص هم اللذين لم يطيعوا الأوامر فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ ، ما دام التشريع لا يميز فى التطبيق بين شخص وآخر من هؤلاء الأشخاص وما دام لا يقصد إلى شخص منهم بالذات . على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن هذا التشريع منطو على انحراف فى إستعمال السلطة ، لأنه يخفى عقوبة مقنعة لا يملك توقيعها إلا مجلس عسكرى[١] .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى نتائج خطيرة ، فإن كثيراً من التشريعات تصدر غير معدة للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، فاعتبارها تشريعات باطلة من شأنه أن يفوت على المشرع فرصة التشريع فى أمور خطيرة وأن يعطل كثيراً من المصالح الهامة . وما دمنا قد سلمنا فى تطبيق التشريع بإمكان التحديد من حيث الزمان أو المكان ، فما الذى يمنع من إمكان التحديد من حيث الأشخاص أو الوقائع ، وما الفرق بين تحديد وتحديد فى هذه الأحوال جميعاً ! المهم فى نظرنا ألا يميز التشريع

---

(١) انظر فى هذا المعنى مقالا لبارتلمى فى مجلة القانون العام والعلوم السياسية سنة ١٩٠٧ ص ٤٧٤ وما بعدها .

بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، وألا يقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات ، فهذا هو الذى يجعل التشريع عاماً مجرداً ، حتى لو لم يعد للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ونأتى بأمثلة من التشريعات المصرية التى صدرت فى السنوات الأخيرة نستشهد بها على ما قدمنا ، وهى تشريعات محدودة التطبيق من حيث الأشخاص أو الوقائع وقد تعمدنا الإكثار من الأمثلة التى نوردها ، وقصدنا أن تكون قد صدرت كلها فى حقبة قصيرة من الزمن ، لا تكاد تجاوز سبع السنوات الأخيرة ، لندل بذلك على أن المشرع المصرى يلجأ كثيراً إلى هذا النوع من التشريع ، ولا يجد عنه غناء :

قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ : وينص على أنه « إستثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمعدلة بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، تعتبر المبالغ التى استحقت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ بصفة ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى الأرباح الإستثنائية واجبة الأداء ، ولا يسقط حق الحكومة فى المطالبة بها إلا بمضى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ١٩٣٨ و ١٩٣٩ و ١٩٤٠ ، وتسع سنوات لسنة ١٩٤١ ، وثمانى سنوات لسنة ١٩٤٢ ، وسبع سنوات لسنة ١٩٤٣ ، وست سنوات لسنة ١٩٤٤ » . فهذا تشريع لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الضرائب ، هى الضرائب التى استحقت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ ، تزاد بالنسبة إليها مدد التقادم حتى تتمكن الحكومة من مطالبة الممولين بها . وقد سبق هذا التشريع تشريع مماثل هو القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ . ونرى أن كلا من هذين التشريعين تشريع عام مجرد ، إذ هو لا يميز بين ضريبة وضريبة من الضرائب التى تدخل فى نطاق تطبيقه ، ولا يقصد إلى ضريبة منها بالذات . ووجه التحفظ عندنا فى كل من التشريعين هو ما قرره من الزيادة فى مدة التقادم ، فقد يكون فى هذه الزيادة ، لا مخالفة للدستور ، بل إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية على النحو الذى سنبينه فى مكان آخر .

قوانين التضمينات (bills of indemnity) : من ذلك قانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧ وينص على ما يأتي : « لا تسمع أمام جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار وبوجه عام أى عمل صدر إبتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة فى ظل النظام المقرر بالرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولا تجوز متابعة السير فى الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون » . ومن ذلك أيضاً قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وينص على ما يأتى : « لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان وْو تصرف أو أمر تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية » . فهذان تشريعان ينظمان طائفة محدودة من الأعمال صدرت من جهة معينة فى وقت معين محدد البداية والنهاية ، فيمكن إذن حصر هذه الأعمال بالذات . والتنظيم هنا آت من ناحية عدم جواز الطعن فى هذه الأعمال أمام أية جهة قضائية . والتشريعان ليس هما المؤقتين من ناحية الزمان ، بل الأعمال التى ينظمانها هى المؤقتة بتاريخ معين . وعندنا أن هذين التشريعين ينطويان على العموم والتجرد ، لأنهما لا يميزان فى الأعمال التى ينظمانها بين عمل وعمل ، ولا يقصدان إلى عمل منها بالذات . ونتحفظ هنا أيضاً ، كما تحفظنا فى التشريع الخاص بزيادة مدة التقادم بالنسبة إلى بعض الضرائب ، فقد يكون فى منع السلطة القضائية بتشريع من نظر الدعوى عن مسئولية مقررة إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

قانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أنه « يؤذن لمن سبق الترخيص لهم بمزاولة مهنة جراح أو طبيب أسنان بالمملكة المصرية وقت العمل بهذا القانون فى أن يستمروا فى مزاولة المهنة ولو لم تتوافر فيهم الشروط المبينة فى هذا القانون بشرط أن يطلبوا قيد أسمائهم فى سجل

جراحى وأطباء الأسنان فى مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وعلى أن يسرى أحكام هذا القانون». فهنا أيضاً تشريع ينظم طائفة محدودة من الأشخاص، هم الذين سبق لهم الترخيص فى مزاولة مهنة طب الأسنان إلى وقت معين، وهؤلاء جماعة آخادها معروفون بالذات. ولكنه تشريع لايميز فى هؤلاء الأشخاص بين شخص وآخر، ولا يقصد إلى شخص منهم بالذات، فهو تشريع عام مجرد.

قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٠: ونص على أنه «تعتبر صحيحة الأعمال والأحكام والقرارات الصادرة من المجلس العام لطائفة الأقباط الأرثوذكس فى حدود اختصاصه فى الفترة ما بين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وتاريخ العمل بهذا القانون». وهذا التشريع يصحح أعمالا معينة صدرت فى مدة محددة معروفة الابتداء والانتهاء. ومع ذلك فهو تشريع عام مجرد، إذ هو لايميز فى الأعمال التى يصححها بين عمل وعمل، ولا يقصد بالتصحيح عملا معيناً بالذات. ويرد عليه التحفظ الذى أوردناه على بعض التشريعات السابقة فى شأن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠: وينص على أن «جميع القضايا المنظورة الآن أمام محكمة استئناف المنصورة والتى أصبحت بمقتضى المادة السابقة من اختصاص محكمة استئناف الاسكندرية تحال بأوامر تصدرها المحكمة من تلقاء نفسها إلى محكمة استئناف الاسكندرية بمقتضى هذا القانون، وذلك لجلسات محددة وبالحالة التى هى عليها وبدون مصاريف». فهذا تشريع ينظم، من ناحية الإحالة على محكمة أخرى، طائفة معينة من القضايا محصورة العدد. ولكن التشريع لايميز فى هذه القضايا بين قضيةواخرى. ولا يقصد إلى واحدة منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد.

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٠: وينص على أن «تعفى المنحة المالية ومقابل مصاريف العودة التى قررها مجلس الوزراء فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ لرجال القضاء الأجانب فى المحاكم المختلطة من الضريبة على كسب العمل المقررة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ومن الضريبة العامة على الإيراد المفروضة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩». فإذا قلنا إن رجال القضاء الأجانب فى المحاكم المختلطة الذين قرر لهم مجلس الوزراء

فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ منحة مالية ومقابلا لمصروفات العودة كانوا قد عرفوا بالذات شخصاً شخصاً فى سنة ١٩٥٠ عند صدور هذا التشريع ، كان من الواضح أن يكون التشريع قد نظم طائفة محدودة من الأشخاص فى أمر من أمورهم ، هو إعفاء بعض أموالهم من ضرائب معينة . ولكن التشريع لم يميز فى هذا التنظيم بين شخص وشخص ، ولم يقصد إلى شخص بالذات ، فهو تشريع عام مجرد - ومثل ذلك أيضاً قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « ينقل بحكم هذا القانون إلى جدول المحامين أمام المحاكم الوطنية وبترتيب أقدميتهم جميع المحامين المقيدين لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ بجدول المحامين أمام المحاكم المختلطة والجدول الملحق به الخاص بالمحامين تحت التمرين . . . » ، وكذلك القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « ينقل مستشارو محكمة الاستئناف المختلطة المصريون والمحامى الأول عند نهاية فترة الانتقال إلى محاكم الاستئناف الوطنية بمرتباتهم التى يتقاضونها ، وتعتبر أقدميتهم بالنسبة إلى زملائهم فى محاكم الاستئناف الوطنية من تاريخ المرسوم الصادر بتعيينهم فى وظائفهم . . . »[1] .

قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٦ : وتنص على أن « الامتحانات التى أديت فى القاهرة لنيل إجازة الليسانس الفرنسية فى الحقوق فى الفترة من سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٥ يكون حكمها - فيما يتعلق بتطبيق أحكام المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٨٩٧ - حكم ما لو كانت أديت بالمقر الشرعى لكلية الحقوق بجامعة باريس بشرط أن يكون من نال هذه الإجازة حاصلا على شهادة البكالوريا المصرية أو أية شهادة أخرى تعتبرها وزارة المعارف معادلة للبكالوريا المصرية .

---

(١) هنا يتصور ، نظريا على الأقل ، ان مستشارى محكمة الاستئناف المختلطة المصريين والمحامى العام الأول قد يتغيرون أو يتغير بعضهم من وقت صدور القانون إلى نهاية فترة الانتقال ، فتكون الطائفة التى ينظم القانون شأناً من شئونها طائفة غير محدودة من الأشخاص ، ويكون القانون بهذا الاعتبار عاماً مجرداً بالمعنى المألوف . ومثل ذلك أيضاً القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى : « يمنح الموظفون الأجانب بالمحاكم المختلطة الذين يستغنى عن خدمتهم لمناسبة إلغاء هذه المحاكم فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تعويضاً يقدر طبقاً للقواعد المبينة فى المواد التالية » . فالطائفة التى ينظمها هذا القانون طائفة غير محدودة ، لا لاحتمال تغيير أشخاصهم فحسب ، بل أيضاً لعدم تحديد من يستغنى عن خدمته منهم .

فهنا ينظم التشريع طائفة محدودة من الوقائع ، هى امتحانات معينة أديت فى فترة محدودة التاريخ ، ولكنه لايميز فى هذه الامتحانات بين امتحان وآخر ولا يقصد إلى امتحان منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد . أما القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٨ الخاص بكلية طب العباسية - وينص على أنه « . . . يصح فى تعيين الأساتذة والأساتذة المساعدين بكلية طب العباسية التجاوز عن الشرطين الأولين . . . ويعمل بهذا التجاز ابتداء من تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ حتى نهاية السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ » - فهو أيضاً تشريع عام مجرد ، وهو فوق ذلك يسرى على طائفة غير محدودة من الأشخاص هم الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين فى خلال السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨ . وإذا كان هذا التشريع ذا أثر رجعى إذ هو يسرى على التعيينات السابقة على وقت العمل به ، فإن هذا لايمنع من صحته لأنه يجوز أن يكون التشريع ذا أثر رجعى ما دام قد تضمن نصاً خاصاً على الرجعية . ويلاحظ أن الرجعية بطبيعتها ، فى أى تشريع ، تجعل هذا التشريع يسرى على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، هى الطائفة التى وجدت فى خلال المدة التى جعل فيها التشريع رجعياً .

المرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤ : وينص على ما يأتى : « م ١ - تبطل جميع الترقيات والعلاوات الاستثنائية التى منحت للموظفين فى المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ . . . م ٢ - تبطل فيما يتعلق بالدرجة والماهية جميع التعيينات الاستثنائية الصادرة . . فى المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وكذلك جميع التعيينات التى تقررت فى المدة المذكورة خلافاً لأحكام المرسوم الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٥ . . . م ٧ - القرارات الصادرة بإبطال الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية أو بتعديلها وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون تعتبر نهائية ، ولا يجوز للمحاكم قبول الدعاوى التى ترفع إليها بسبب تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون » . فهذا تشريع يطبق على طائفة محدودة من الوقائع . هى الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية التى منحت للموظفين فى فترة محدودة من الزمن تقع بين تاريخين معلومين . ولكنه تشريع لا يميز فى هذه

الوقائع بين واقعة وواقعة، ولا يقصد إلى واقعة منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد. وإذا كانت هناك ملاحظة يجوز إبداؤها، فقد يقال إن التشريع بحكم الإبطال الذى قرره لم يكن فى حاجة إلى منع المحاكم من سماع الدعاوى التى ترفع فى هذا الشأن. على أن المنع محل للنظر. فهو إذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات تصدر مخالفة التشريع، كان المنع غير جائز إذ هو يخلى الحكومة من مسئوليتها عن مخالفة القانون. وإذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات لا تخالف التشريع كان محدود الأهمية من الناحية العملية إذ هو لا يؤدى إلى أكثر من جعل المحكمة تقضى بعدم قبول الدعاوى بدلا من أن تقضى برفضها[1]. وحتى هذا، القول إن فيه أخلال بحق التقاضى، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر. وما قبل فى هذا التشريع من حيث العموم والتجرد يقال فى تشريع يناظره صدر أخيراً فى سنة ١٩٥٢، ويقضى هو أيضاً بإلغاء طائفة معينة من الاستثناءات سبقت صدوره. غير أن التشريع الأخير لم يشتمل على نص يمنع من سماع الدعوى.

ويتبين مما قدمناه أن هناك كثيراً من التشريعات لا تسرى ألا على طائفة محدودة من الأشخاص أو من الوقائع، وليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه التشريعات عامة مجردة مادامت لا تميز بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ومادامت لا تقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات. وقد يعترض على هذا النظر بأن التشريع لطلئفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع يختلط بالقرار الإدارى، إذ يجوز أن يتناول قرار إدارى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع وينزل عليها جميعاً حكما واحدا. ولكن هذا الاعتراض لا يؤدى إلى أكثر من تقرير أن الطائفة المحدودة من الأشخاص أو الوقائع تصلح أن تكون محلا لقرار إدارى كما تصلح أن تكون محلا لتشريع. على أن هناك فرقين جوهريين بين القرار الإدارى ةالتشريع فى هذه الناحية. فالقرار الإدارى إنما ينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها أفراداً معينين بالذات تجوز التسوية بينها كما تجوز التفرقة، أما التشريع فينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها مجموعاً لا تصح التجزئة فيه ولا يجوز التمييز بين أفراده. ثم إن القرار الإدارى

---

(١) قانون الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عاصم ١ ص ٣٧٤ ـ ص ٣٨٣

يجب أن يكون فى حدود القوانين القائمة فلا يجوز أن يخالف تشريعاً معمولا به وقت صدوره، أما التشريع فيجوز أن يخالف تشريعاً قائماً فينسخه. والواقع من الأمرأن الذى يدعو المشرع فى الكثرة الغالبة من الاحوال إلى التدخل لتنظيم طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع هو بالذات رغبته فى أن ينسخ تشريعاً قائماً بتشريعاً جديد، حيث لا يستطاع ذلك عن طريق القرار الإدارى.

ثانيا - مخالفة التشريع فى محله لنص من نصوص الدستور التى ترسم للمشرع سلطة محددة.

قلنا انه يجب أيضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص دستورى من النصوص التى ترسم للمشرع سلطة محددة (ponvoir lié). ونستطيع أن نقسم هذه النصوص الدستور إلى طائفتين: طائفة تتعلق بالحريات والحقوق العامة، وأخرى لا تتعلق بها.

النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة:

سبق أن قررنا أنه يمكن القول بأن تحديد حرية من الحريات الدستورية أو تنظيم حق من الحقوق العامة للأفراد، مما نص الدستور على أن يكون تحديده أو تنظيمه بقانون. لا يجوز أن يتم عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين فى المادة ٤١ من الدستور. ويستند هذا الرأى إما إلى أن الدستور اشترط أن تكون إداة التنظيم فى الحريات العامة هو القانون، فالمرسوم بقانون يكون إذن مشوبا بعيب فى الاختصاص، أو إلى أن المرسوم بقانون يقتضى قيام ضرورة لا تقوم عادة فى صدد تنظيم الحريات العامة، فالمرسوم بقانون يكون إذن منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية. فيجب فى كلا الاعتبارين أن يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة عن طريق قوانين يقررها البرلمان. وهنا يجعل الدستور للبرلمان سلطة تقديرية فى هذا التنظيم، على ألا ينحرف بها عن الغرض المرسوم. فالدستور لم يقصد نقص الحريات والحقوق العامة أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها. فإذا خرج المشرع على هذا الغرض، فنقض الحريات والحقوق العامة أو انتقص منها، كان التشريع مشوباً بالانحراف فى استعمال السلطة التشريعية، ومن ثم يكون باطلا. وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

على أنه يوجد إى جانب الحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون حريات أخرى وحقوق عامة لا يجيز الدستور تقييدها بتشريع يقرره البرلمان . فهذه لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل . بل هى حريات وحقوق تجوز تسميتها بالحريات والحقوق المطلقة ، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتشريع فى تحديدها ، وإلا كان التشريع باطلا لمخالفة للدستور[١] . ونورد بعض النصوص الدستورية فى هذا الصدد :

تنص المادة ٣ من الدستور على ما يأتى : « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين » .فحق المصريين فى المساواة حق عام مطلق لا يجوز تحديده . وإذا صدر تشريع يحدد من هذا الحق ، بأن جعل لطائفة من المصريين امتيازاً على غيرها من الطوائف مما يخل بحق المساواة ، أو أعفى طائفة من المصريين من بعض الواجبات والتكاليف العامة ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنص المادة ٣ من الدستور .وتطبيقاً لهذا المبدأ تقضى محكمة القضاء الإدارى ببطلان التشريع الذى يعفى طائفة من المصريين ، هى طائفة العربان ، من الخدمة العسكرية . كذلك يكون باطلا

---

(١)وهذا التفريق بين الحريات والحقوق العامة المطلقة والحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون سجلته محكمة القضاء الإدارى فى احد احكامها (الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥١) على الوجه الآتى : «ومن حيث إن الدستور قد افرد باباً خاصاً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم . وهو من اهم ما اشتمل عليه من احكام ، وقد قصد به ، كما جاء فى التقرير المرفوع من لجنة الدستور ، ان يكون وضعاً قانونياً له حكم الدستور وعلوه على القوانين العادية ، وحتى يكون قيداً للشارع المصرى لا يتعداه فيما يسنه من الأحكام . ومن حيث إنه يستخلص من النصوص الواردة فى هذا الباب ومن الأعمال التحضيرية للجنة الدستور أن هذه النصوص التى تقرر الحقوق العامة للمصريين إنما هى خطاب من الدستور للمشرع يقيد فيه من حرية المشرع ذاته ، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع تنظيمها من غير نقض او انتقاص ، وطوراً يطلق الحرية إطلاقا لا سبيل معه إلى تقييدها أو تنظيمها ولو بتشريع . . . فمن الحقوق العامة التى اطلقها الدستور ما قرره فى المادة الثالثة منه من أن المصريين لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل او اللغة أو الدين . ومن الحريات التى اباح فيها الدستور التنظيم للمشرع ما ورد فى المادة الرابعة عشرة من أن حرية الراى مكفولة . ولكل إنسان الاعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة او بالتصوير او بغير ذلك فى حدود القانون (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى ٥ رقم ٣٥٧ ص ١٠٩٩) .

التشريع الذى يجحف بطائفة من المصريين ، فيخل بالمساواة بينها وبين الطوائف الأخرى ، ومن ثم جاز التساؤل هل يكون دستورياً التشريع الذى يحرم المرأة من حق الانتخاب أو من حق تولى المناصب العامة إذا توافرت فيها الشروط الواجب توافرها لمباشرة حق الانتخاب أو لتولى منصب معين من المناصب العامة . ولايكفى فى هذا الشأن أن يقال إن المساواة قد تحققت بحرمان النساء جميعاً من حق معين ، فإن المساواة فى الحرمان إمعان فى الحرمان ، وهى إخلال بالغ بالمساوة بين الجنسين . كذلك لا يكفى القول إن الدستور لم يحظر ، فى الإخلال بالمساواة ، إلا أن يكون ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين ، فإن هذه أسباب لم ترد على سبيل الحصر . ولا شك فى أن الجنس ، كالأصل واللغة والدين ، لا يصح أن يكون سبباً للإخلال بالمساواة فى الحقوق والواجبات ، إلا فيما يكون الجنس فيه عائقاً طبيعياً أو إجتماعياً عن القيام بواجب أو عن التمتع بحق . ومن ثم كان مستساغاً إعفاء المرأة من الخدمة العسكرية على الوجه الذى نظمت به هذه الخدمة للرجال ، وليس ثمة ما يمنع من تنظيم خدمة عسكرية تلائم طبيعة المرأة . ومن ثم أيضاً كان مستساغاً حرمان المرأة من بعض المناصب التى لا تليق لها اجتماعياً فى الوقت الحاضر ، حتى إذا تطور المجتمع المصرى وجب تحقيق المساواة بين المرأة والرجل فى هذه المناصب[1] .

وتنص المادة ٦ من الدستور على ما يأتى : « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » . ومن ثم إذا صدر تشريع يعاقب على فعل سابق على صدوره ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته للدستور . وفى غير الجريمة والعقوبة يجوز أن يكون للتشريع أثر رجعى بنص خاص وفقاً للمادة ٢٧ من الدستور .

وتنص المادة ٧ من الدستور على ما يأتى : « ولا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية » . فإذا صدر تشريع يجيز إبعاد مصرى عن مصر ،

---

(١) وتقدير ما إذا كانت المرأة [illegible] أصبحت لا تليق اجتماعيا لمباشرة حق او لتولى منصب متروك للمشرع فى حالة التشريع ، وللإدارة فى حالة القرار الإدارى ، على الا يكون هناك إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية او السلطة الإدارية .

كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته الدستور . وكإبعاد المصرى عن بلده منعه من الرجوع إليها بعد أن خرج منها ، والتشريع الذى يجيز هذا المنع يكون باطلاً .

وتنص المادة ٩ من الدستور على أن : «للملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة بالقانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً» . فلا يجوز إذن أن يباح بتشريع نزع الملكية لغير المنفعة العامة أو دون تعويض أصلاً أو دون تعويض عادل ، وإذا صدر تشريع يبيح هذا كان باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٠ من الدستور على أن : «عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة» . فالتشريع الذى يبيح المصادرة العامة للأموال يكون باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٢ من الدستور على أن : «حرية الاعتقاد مطلقة» . فالتشريع الذى يفرض ديناً معيناً أو مذهباً دينياً على الناس يكون باطلاً لمخالفته للدستور . كذلك التشريع الذى يقيد من حرية القيام بالشعائر الدينية فى حدود النظام العام والآداب وفى حدود العادات المرعية يكون باطلاً لمخالفته للمادة ١٣ من الدستور ، وهى تنص على أن «تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية ، على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب» .

وتنص المادة ١٥ من الدستور على أن : «الصحافة حرة فى حدود القانون . والرقابة على الصحف محظورة . وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الإجتماعى» . فالتشريع الذى يجيز إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى لغير وقاية النظام الإجتماعى ، وتقدير ما يدخل فى دائرة النظام الإجتماعى متروك للمشرع ، على ألا ينحرف فى إستعمال سلطته التشريعية عن الغاية التى قصد الدستور إلى تحقيقها .

وتنص المادة ١٦ من الدستور على ما يأتى : «لا يسوغ تقييد حرية أحد فى إستعماله أية لغة أراد فى المعاملات الخاصة أو التجارية أو فى الأمور الدينية أو فى الصحف والمطبوعات أياً كان نوعها أو فى

الإجتماعات العامة » . فالتشريع الذى يفرض لغة معينة ، ولو كانت اللغة العربية ، فى المعاملات الخاصة أو فى التجارة أو فى الدين أو فى الأمور العامة من صحافة ونشر وإجتماعات ، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . ولكن يجوز أن يفرض التشريع لغة واحدة أو أكثر فى المعاملات الرسمية . كما فى التقاضى أمام المحاكم وفى المعاملات التى تكون الحكومة طرفاً فيها .

نصوص الدستور التى وردت فى غير الحريات والحقوق العامة والتى ترسم للمشرع سلطة محددة :

هذه نصوص كثيرة نستعرض بعضاً منها :

تنص المادة ٥٦ من الدستور على أنه « عند تولية الملك تعين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه » . وقد عين القانون مخصصات جلالة الملك فاروق الأول بمبلغ مائة ألف جنيه فى السنة لمدة حكمه ، فلا يجوز طوال مدة هذا الحكم أن ينقص تشريع من هذه المخصصات أو أن يزيد فيها ، وإلا كان تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٥٨ من الدستور على أنه « لا يلى الوزارة إلا مصرى » ، وتنص المادة ٥٩ على أنه « لا يلى الوزارة أحد من الأسرة المالكة » . فالتشريع الذى يجيز أن يلى الوزارة أجنبى أو أن يليها أحد من الأسرة المالكة يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٦٤ من الدستور على أنه « لا يجوز للوزير أن يشترى أو يستأجر شيئاً من أملاك الحكومة ولو كان ذلك بالمزاد العام ، كما لا يجوز له أن يقبل أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة شركة ولا أن يشترك إشتراكاً فعلياً فى عمل تجارى أو مالى » . فالتشريع الذى يجيز للوزير شراء شىء من أملاك الحكومة أو إستئجاره ، أو الذى يجيز له أن يقبل فى أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة إحدى الشركات أو الإشتراك فى عمل تجارى أو مالى يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يزيد التشريع من هذه القيود ، فيحرم على الوزير فى خلال مدة معينة بعد تنحيه عن الوزارة ما يحرمه عليه فى أثناء توليه الوزارة .

وتنص المادة ٦٦ من الدستور على أن «لمجلس النواب وحده حق إتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى الآراء. ولمجلس الأحكام المخصوص وحده حق محاكمة الوزراء عما يقع منهم من تلك الجرائم». فإذا صدر تشريع يجعل لغير مجلس النواب حق إتهام الوزراء فى الجرائم التى تقع منهم فى تأدية وظائفهم، أو لغير مجلس الأحكام المخصوص حق محاكمة الوزراء عن هذه الجرائم، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ٧٧ من الدستور على وجوب أن يكون عضو الشيوخ قد بلغ من العمر أربعين سنة، والمادة ٧٨ على أن يكون هذا العضو من إحدى طبقات معينة، والمادة ٨٥ على أن يكون النائب قد بلغ من العمر ثلاثين سنة. فإذا صدر قانون إنتخاب يتعارض مع هذه الشروط، كان هذا القانون باطلاً لمخالفته للدستور. وتنص المادتان ٧٦ و ٨٤ من الدستور على أن تعتبر دائرة إنتخابية كل مديرية أو محافظة لها حق إنتخاب عضو بمجلس الشيوخ أو نائب وكذلك كل قسم من مديرية أو محافظة له هذا الحق. وقد يفهم من هذين النصين أن الإنتخاب الفردى على أساس الدائرة، دون الإنتخاب بالقائمة، هو الجائز دستورياً، ولكن لا شىء يمنع من أن يكون الإنتخاب بطريق التمثيل النسبى ما دام يجرى على أساس الدائرة الفردية.

وتنص المواد ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ من الدستور على قواعد تكفل الحصانة البرلمانية، فلو صدر تشريع يخل بهذه الحصانة أو ينتقص منها، بأن يجيز مثلاً إتخاذ إجراءات ضد عضو البرلمان بغير إذن المجلس التابع هو له فى أثناء دور إنعقاده، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٤٩ من الدستور على أن «الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، وتنص المادة ١٥٠ على أن «مدينة القاهرة قاعدة المملكة المصرية». فلو صدر تشريع يجعل دين الدولة غير الإسلام، أو يمنع من أن يكون للدولة دين رسمى. أو يجعل اللغة الرسمية غير العربية، أو العاصمة غير القاهرة، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٥١ من الدستور على أن «تسليم اللاجئين السياسيين محظور، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التى يقصد بها

المحافظة على النظام الإجتماعى » . فلو صدر تشريع يجيز تسليم اللاجئين السياسيين ، أو صدق البرلمان على إتفاق دولى يجيز تسليم اللاجئين السياسيين فى غير المحافظة على النظام الإجتماعى ، كان هذا باطلاً لمخالفته للدستور .

وهناك مسائل عينها الدستور وأوجب أن يكون تنظيمها بقانون ، فلو صدر تشريع يجيز تنظيمها بلائحة إدارية كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته للدستور . ومن هذه المسائل الجنسية المصرية (م ٢) ، ونزع الملكية للمنفعة العامة (م ٩) ، وتنظيم الحريات والحقوق العامة (م ٣ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ١١ و ١٤ و ٢٠ و ٢١) ، وتنظيم أمور التعليم العام (م ١٨) ، والأثر الرجعى للتشريع (م ٢٧) ، ومخصصات الملك والبيت المالك (م ٥) ، وتحديد الدوائر الانتخابية (م ٧٦ و ٨٤) والضرائب والرسوم (م ١٣٤ و ١٣٥) وتقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعويض أو إعانة أو مكافأة (م ١٣٦) ، والقروض العامة وإلتزام المرافق العامة والاحتكار وغيرها من المسائل المبينة فى المادة ١٣٧ من الدستور ، والميزانية والحساب الختامى (م ١٣٨ و ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥) ، والقوات المسلحة (م ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨) ، والعفو الشامل (م ١٥٢) ، والمعاهد الدينية والأوقاف والمسائل الخاصة بالأديان المسموح بها فى البلاد (م ١٥٣) ، وتنظيم الأحكام العرفية (م ١٥٥)[١] .

---

(١) ومن بين هذه المسائل ما ينص الدستور على ان يتولى وحده تنظيمه الشامل ، كالجنسية المصرية والضرائب والقوات المسلحة والأحكام العرفية . ومنها ما ينص على ان يكون تنظيمة بناء على القانون او فى حدود القانون ، فيصدر قانون يضع أسس التنظيم وتتكفل اللوائح الإدارية بالتفصيلات ، وذلك كالرسوم وتقرير معاش على خزانة الحكومة او تعويض أو إعانة او مكافأة .

والنص العربى للمادة ١٣٧ من الدستور لايخيز منح التزام الموافق العامة والاحتكار «إلا بقانون » ، اما النص الفرنسى لهذه المادة فيخيز المنح طبقاً للقانون (conformément à la loi) فيصح إذن ان يعهد قانون للسلطة الإدارية بمنح الالتزام او الاحتكار . ولكن الأمر انتهى ، بعد خلاف فى الرأى ، بأن أقر البرلمان الرأى القائل بوجوب اصدار قانون خاص لمنح اى التزام بالذات ، على ان يعتبر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ هو القانون العام للمرافق التى تدار بطريق الامتياز .

القسم الثـــانى

الإنحـراف فى إستعمال السلطة التشريعية

(ركن الغـاية فى التشريـع)

الإنحراف فى السلطة التشريعية يأتى فى تقريرنا بمثابة مرحلة تطور ثالثه تتوج مرحلتين سابقتين، تتمثلان فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية. فمتى تصورنا تعسف الشخص فى استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة فى استعمال سلطتها الإدارية، فما الذى يمنع بعد ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان فى استعمال سلطته التشريعية؟

أما انحراف القضاء فى استعمال سلطته القضائية، فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته. إذ يتولى إصلاح الخطأ فى القضاء، ويرد القضاء فى الوقت ذاته إلى السبيل السوى، نظم قضائية مختلفة، أهمها طرق الطعن فى الأحكام، وعدم صلاحية القضاء للحكم، وجواز ردهم مخاصمتهم. فالقضاء هو الذى يتولى الرقابة بنفسة على نفسة.

وقبل أن نرسم خطة البحث فى انحراف السلطة التشريعية، يحسن الرجوع لما استقر من المبادىء فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية، فهذه نظرية قد فرغ منها، وأصبحت من النظريات المسلمة فى القانون الإدارى فقهاً وقضاءً. وما علينا إلا أن ننسج على منوال هذه النظرية المستقرة، وأن نرسم الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية على غرار الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السطة الإدارية. لذلك رأينا أن نستعرض فى نظرة سريعة الأسس التى تقوم عليها هذه النظرية الأخيرة حتى نسير على هداها فى بسط النظرية الأولى.

قدمنا أن نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية هى من خلق قضاء مجلس الدولة فى فرنسا. والطعن فى القرار الإدارى بالانحراف لا يكون إلا حيث يصدر هذا القرار عن سلطة تقديرية من جانب الإدارة.

أما السلطة المحددة فلا ينفتح فيها الانحراف فى استعمال السلطة ، لأن الإدارة هنا سلطتها مقيدة ، يتحتم علينا أن تستعملها على وجه معين ، وإلا كانت مخالفة للقانون لا منحرفة فى استعمال سلطتها .

والموظف إذا إتخذ قراراً عن سلطة تقديرية تمتع بقسط من حرية التقدير . على انه مهما تكن الحرية التى يتمتع بها ، فأنه يجب عليه أن يهدف فى جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة . فالمصلحة العامة هى غاية الغايات فى كل قرار إدارى ، ولا يجوز لموظف أن ينحرف عنها .

على أن القانون ، فى كثير من أعمال الإدارة ، لا يكتفى بهذا النطاق الواسع ، نطاق المصلحة العامة ، بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إدارى معين . فيجب فى هذه الحالة أن يلتزم الموظف فى قراره ، لا المصلحة العامة فحسب بل أيضاً الهدف الخاص الذى عينه القانون لهذا القرار . وهذه هى قاعدة يخصيص الأهداف (la specialité du but). ويحدث أن يصرح القانون بهذا الهدف المخصص ، كما يفعل عادة عندما يقرر سلطة فى الاستيلاء لمصلحة التعلم أو لأغراض التموين أو لتقييد التصدير والاستيراد . فإذا لم يصرح القانون بشىء ، أمكن استخلاص الهدف المخصص - إن كان موجوداً - من الاعمال التحضيرية للتشريع أو من طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة . فسلطات البوليس مثلا ترمى بطبيعتها إلى تحقيق أهداف ثلاثة ، هى الأمن ، والصحة ، والسكينة ، فلا يجوز استعمالها للحصول على موارد مالية للخزينة . والسلطة الرئاسية فى نقل الموظفين تهدف بطبيعتها إلى حسن انتظام العمل ووضع كل موظف فى مكانه المناسب ، فلا يجوز استعمالها لتوقيع عقوبة على الموظف ، فإن هذا من شأن السلطة التأديبية . ونرى من ذلك أن قاعدة تخصيص الأهداف تقيد القرار الإدارى بالغاية المخصصة التى رسمت له ، فإن خرج الموظف على هذه الغاية ، حتى لو كان هدفه هوتحقيق المصلحة العامة فى ذاتها ، كان قراره مشوباً بالانحراف ووقع بطلاً . وفى المثلين اللذين قدمناهما ما يدل على ذلك . فقد يكون السعى للحصول على موارد مالية تسد ما تشكوه الخزينة من عجز أمراً تقتضيه المصلحة العامة ، ولكن لا يجوز استعمال سلطات البوليس ذات الأهداف المخصصة لتحقيق هذه المصلحة العامة . وقد يكون الموظف الذى نقل إلى عمل غير عمله يستحق التأديب ، ولكن لا يجوز استعمال سلطة

النقل لتأديبه ، فالتأديب له سلطة أخرى . على أنه يحسن عدم التوسع فى تطبيق قاعدة تخصيص الأهداف ، فهناك اتجاه حديث لوحظ فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى يرمى إلى تجنب إلغاء القرار الإدارى الذى انحرف عن غايته المخصصة إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أخرى لا تقل عنها فى الخطر .

ويتبين مما تقدم أن معيار الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية ذو شقين : شق ذاتى وشق موضوعى . فالشق الذاتى يتعلق بتعرف النوايا والأغراض والغايات التى أضمرها الموظف وهو يصدر القرار الإدارى ، فهذه الغايات قد تكون بريئة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلى تحقيق الغاية المخصصة التى رسمت للقرار ، فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف . وقد تكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة ، فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف وإن كان الموظف يبقى حسن النية . وقد تكون أخيراً غايات لا تمت لا إلى الغاية المخصصة ولا إلى المصلحة العامة ، كأن تكون غايات شخصية ترمى إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصى أو إلى تحقيق أغراض دينية أو سياسية أو حزبية أو نحو ذلك وعند ذلك يكون القرار ملوثاً بعيب الانحراف ويكون الموظف سىء النية . هذا هو الشق الذاتى . أما الشق الموضوعى فهو واحد لا يتغير ، وهو أولا المصلحة العامة التى يجب أن تكون دائماً رائد الموظف فى القرار الإدارى الذى يصدره ، وهو ثانياً الغاية الخصصة التى رسمها القانون لقرار معين . ومعيار الانحراف بشقيه أقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى . فمعيار الانحراف ، كما رأينا ، لا يتمحض معياراً ذاتياً فى تطبيق من تطبيقاته . أما معيار التعسف فيتراوح بين أن يكون فى بعض تطبيقاته معياراً ذاتياًمحضاً .

ولما كان معيار الانحراف ينطوى على شق ذاتى كما قدمنا ، فإن إثبات هذا العيب يكون دقيقاً فى كثير من الأحوال . ذلك أن القرار المشوب بعيب الانحراف هو قرار برىء فى ظاهره ، معيب فى باطنه . فهو قد صدر من موظف مختص ، وصدر فى الشكل القانونى الواجب ، ولم يخالف أحكام القانون فى نصوصه ، وإن خالفها فى روحه وفحواه . فالعيب خفى يصعب تبينه . ومن ثم وضع مجلس الدولة الفرنسى قاعدتين فى هذا الصدد :

(القاعدة الأولى) أنه إذا اجتمع عيب آخر مع عيب الانحراف ، اقتصر النظر على هذا العيب الآخر فألغى القرار المطعون فيه بسبب الانحراف ، وذلك تجنباً لمشاق البحث فى إثبات الانحراف وهل هو قائم أو غير قائم . فأصبح عيب الانحراف على هذا النحو ذا صفة احتياطية subsidiaire ، لا يتعرض له القاضى إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى . وقد جارى مجلس الدولة المصرى فى هذا قضاء مجلس الدولة الفرنسى . (والقاعدة الثانية) أن إثبات عيب الانحراف - إذا لم يكن بد من بحثه بأن كان هو العيب الوحيد الذى يشوب القرار الإدارى - إثبات موضوعى أكثر منه إثباتاً ذاتياً . فالقاضى - كما يقول ميشو - إذا بحث فى نوايا الموظف فكشف منها عن غاية غير مشروعة ، إنما يقصد أن يصل من ذلك إلى تبين إنعدام الغاية المشروعة ، لا إلى إثبات الغاية غير المشروعة . ويتلمس القاضى - طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - الدليل على وجود الإنحراف فى القرار المطعون فيه ذاته أو فى ملف القضية ، فكثيراً ما تكشف الأوراق المضمومة إلى الملف عن الأغراض التى هدفت الإدارة إلى تحقيقها بإصدار القرار ، فمن مناقشات مكتوبة ، إلى محاضر مسجلة ، إلى مراسلات متبادلة ، إلى غير ذلك من أوراق ومستندات ، كل هذه وثائق ينطوى عليها الملف ، وتكشف فى كثير من الأحوال هن نوايا الإدارة . وقد توسع مجلس لدولة الفرنسى بعد ذلك فى تلمس الدليل ، فجاوز « ملف القضية » إلى غيره من الأدلة . فكيفية إصدار القرار ، وطريقة تنفيذه ، والظروف التى أحاطت به ، وكون الإدارة ميزت بين طائفتين دون مبرر ، وإنعدام الدافع المعقول (mobile plausible) ، بل عدم الملاءمة الظاهرة (inopportunité flagrante) ، أى شىء من هذا يكفى دليلاً على وجود عيب الإنحراف . أما مجلس الدولة المصرى فقد نهج منهج مجلس الدولة الفرنسى فى هذا التوسع ، بل سار خطوة أبعد ، إذ قضى بنقل عبء الإثبات عن المدعى إلى الإدارة إذا قامت قرينة تبرر ذلك .

وغنى عن البيان أن جزاء عيب الإنحراف هو بطلان القرار الإدارى . وإذا نفذ القرار فأصاب تنفيذه شخصاً بالضرر ، كان لهذا أن يطالب بالتعويض . ويتساهل مجلس الدولة الفرنسى فى قبول أدلة الإنحراف إذا كان المطلوب هو التعويض لا الإلغاء .

هذه هى الأسس التى استقرت فى نظرية الإنحراف فى إستعمال السلطة الإدارية . فهل نستطيع السير على هدى من هذه الأسس للقول بجواز الأنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ؟ .

يتبين القارىء لأول وهلة أن الأمر دقيق ، بل هو بالغ الدقة . فإنه إذا أمكن أن يقال إن التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور إذ يكفى للتثبت من ذلك الوقوف عند نصوص دستورية منضبطة ، فالقول بأن التشريع يكون أيضاً باطلاً إذا شابه إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية قول لا شك خطير . فنحن لم نكد نفرغ من تقرير المبدأ الأول الخاص بمخالفة التشريع لنصوص الدستور ، ولم يكد هذا المبدأ يستقر فى فقهنا وقضائنا . فكيف نخطو خطوة أبعد ، ونقول إن التشريع كما يخالف الدستور فى نصوصه واحكامه قد يخالفه فى روحه وفحواه ؟ أليست هذه خطوة بعيدة المدى لا تؤمن مغبتها ، بل قفزة جريئة قد تفضى إلى العثار !

وأبرز خطر فى هذا القول هو خطر القلقلة وعدم الاستقرار . ذلك أن التشريع إذا شاب دستوريته ظل من الشك صار مزعزعاً ، واضطربت المراكز القانونية التى ينظمها .

ولكن مع التسليم بوجود هذا الخطر يوجد اعتبار يعارضه ولا يقل فى الأهمية عنه ، هو وجوب حماية الدستور بإلتزام الغايات التى توخاها ، فمتى إنحرف التشريع عن هذه الغايات وجبت إطالة النظر ، وتعين التماس علاج لهذه الحالة الخطيرة .

فنحن لا يسعنا بين هذين الاعتبارين الرئيسين المتعارضين - توطيد الاستقرار وحماية الدستور - إلا أن نعطى لكل اعتبار حقه ، وأن نلتزم بينهما التوسط والاعتدال .

وقد خطأ مجلس الدولة الفرنسى خطوة تمهيدية فى هذا السبيل . فهو يقضى بجواز التعويض لمن أصابه ضرر من جراء تشريع صدر صحيحاً ولكنه مس حقاً من حقوقه المكتسبة[1] . توجد إذن بوادر تؤذن

---

(١) ونظير ذلك - فى الميدان الإدارى لا الميدان التشريعى - قرار يهدف إلى المصلحة العامة ، ولكن تختار الإدارة فى إصداره وقتاً غير مناسب ، او وسيلة غير مناسبة ، او ترتب بإتخاذه جزاء غير متناسب مع اهمية الوقائع الثابتة . فهذا القرار الإدارى يبقى صحيحاً ، ولكن إذا اصاب شخصاً بالضرر وجب التعويض . وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بالتعسف فى إستعمال الحقوق الإدارية (انظر الدكتور محمد سليمان الطماوى فى نظرية التعسف فى إستعمال السلطة - الإسكندرية ١٩٥٠ ص ١٦٥ وما بعدها) .

بمناقشة التشريع ، عن طريق التعويض ، حتى لو صدر صحيحاً . فكيف لا يناقش التشريع ، عن طريق الإبطال ، وقد صدر مخالفاً للغايات التى توخاها الدستور !

على أن بحثنا هنا لا يعدو أن يكون محاولة أولى للدخول فى مناقشة هذا الموضوع الخطير . وقد أخذنا على انفسنا ، كما سبق القول ، أن يكون بحثاً موضوعياً مجرداً ، حتى تكون له قيمة موضوعية لا تختلف بإختلاف النظر الذاتى .

ونرسم الآن خطتنا فى بحث الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنحدد أولاً المنطقة التى يجوز هذا اللاإنحراف . ونتكلم ثانياً فى المعيار الذى ينبغى إتخاذه . ونبين أخيراً كيف يكون إثبات الإنحراف وما هو الجزاء الذى يترتب عليه .

(١)
منطقة الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية

رأينا فيما قدمناه عن الإنحراف فى إستعمال السلطة الإدارية أن هذا الإنحراف لا يتصور إلا حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية . أما إذا كانت سلطة الإدارة محددة ، فلا يتصور إنحراف فى إستعمالها ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للقانون .

ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى نظرية الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنقول إن منطقة هذا الإنحراف هى المنطقة التى يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية . فعلينا الآن أن نرسم دائرة هذه المنطقة ، بأن نبين متى يحق للمشرع أن يتمتع بالسلطة التقديرية .

ويجمع بين الأمرين أن الجزاء على الضرر هنا فى القرار الإدارى . كالجزاء على الضرر هناك فى التشريع ، هو التعويض دون الإبطال .

المشرع فى حدود الدستور له سلطة التشريع . فما لم يقيده الدستور بقيود محددة ، فإن سلطته فى التشريع هى سلطة تقديرية . ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هى الأصل فى التشريع ، والسلطة المحددة هى الاستثناء .

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة على السلطة المحددة فى التشريع . فالمشرع لايسطيع بتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعاً ، ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصرى من بلاده ، ولا أن يبيح المصادرة العامة للأموال ، ولا أن يبسط الرقابة على الصحافة ، ولا أن يجيز المصادرة الإدارية للحصف فى غير وقاية النظام الاجتماعى ، ولا أن يرخص للوزير فى شراء أو استئجار شىء من أملاك الحكومة ، ولا أن يخفض من سن النائب أو الشيخ ، ولا أن يجعل عقد القروض أو منح التزام المرافق العامة عن غير طريق القانون . هذه أمثلة على السلطة المحددة للمشرع ، بسطناها تفصيلا فيما تقدم . فإذا جاوزها المشرع ، كان التشريع باطلا لمخالفته للدستور .

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية كما قدمنا . ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعى . فهذا النطاق الواسع - نطاق السلطة التقديرية للمشرع - هو النطاق الذى يقع فيه الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . ومن ثم نرى أن منطقة الانحراف فى التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور . ونتبين من ذلك الأهمية العملية للقول بإمكان انحراف المشرع فى إستعمال سلطته التشريعية .

فما هو معيار هذا الانحراف ؟ هذه هى أهم مسألة فى الموضوع ، وهى المسألة التى نقف عندها طويلا فيما يلى .

(٢)

معيار الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية

إذا قسنا الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية على الانحراف فى إستعمال السلطة الإدارية ، لقلنا إن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة ، فلا يتوخى غاية غيرها ، ولا ينحرف

عنها إلى غاية أخرى ، وإلا كان التشريع باطلاً . ولكان المعيار هنا أيضاً ذا شقين ، شقاً ذاتياً وشقاً موضوعياً فالشق الذاتى يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التى أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً . والشق الموضوعى هو المصلحة العامة التى يجب أن يتوخاها المشرع دائماً فى تشريعاته ، وكذلك الغاية المخصصة التى رسمت لتشريع معين .

ولكن هذا المعيار الذاتى الموضوعى الذى سلمنا به فى الانحراف بالسلطة الإدارية يصعب التسليم به فى الانحراف بالسلطة التشريعية . فهو معيار مشوب بعنصر ذاتى ، إذ يجب بمقتضاه الكشف عن النوايا والأغراض النفسية . وإذا كان هذا ممكناً مستساغاً بالنسبة إلى الإدارة ، فيقال إن رجل الإدارة قد قصد إلى غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصى أوتحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو دينية أو نحو ذلك ، فمن غير الممكن - وعلى كل حال فمن غير المستساغ - أن تنسب غايات شخصية إلى الهيئة التشريعية ، فالمفروض دائماً أن هذه الهيئة إنما تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك .

وحتى لو أصدر البرلمان تشريعاً قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات - ويقع ذلك فى بعض الأحيان - فإنه يحرص دائماً على إلباس هذا التشريع ثوباً من المصلحة العامة ، ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة . فالتشريع الذى صدر بإنقاص سن الإحالة إلى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلى الستين وكان سبباً فى إحالة بعض مستشارى هذه المحكمة إلى المعاش ، والتشريع الذى صدر بخفض درجات النجاح فى الامتحانات الجامعية وكان سبباً فى إنجاح بعض الطلبة الراسبين ، والتشريع الذى صدر ببسط إشراف وزير العدل على مجلس الدولة ومستشاريه وموظفيه الفنين ، كل هذه تشريعات قيل فى شأنها إنها تمت للمصلحة العامة!

يصعب إذن إتخاذ معيار للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ينطوى ولو فى شق منه على عنصر ذاتى . وإذا ساغ إتخاذ معيار ذاتى محض للتعسف فى إستعمال الحق ، فذلك لأن انطواء الشخص على نية الإضرار بالغير وهو يستعمل حقه الخاص أمر محتمل ، بل هو أمر

مألوف . وعندما انتقلنا من الدائرة المدنية إلى الدائرة الإدارية تدرجنا من الذاتية إلى الموضوعية ، وإتخذنا للانحراف فى إستعمال السلطة الإدارية معياراً ذاتياً موضوعياً ، لأن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته العامة أقل إنقياداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة . وعلينا الآن عندما ننتقل من الدائرة الإدارية إلى الدائرة التشريعية أن نزداد تدرجاً من الذاتية إلى الموضوعية ، بل أن ننحاز إلى الموضوعية جملة واحدة ، فلا نقبل إلا معياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أى عنصر ذاتى . ويبرر ذلك أمران : (أولهما) أن الواجب هو أن نفرض فى الهيئة التشريعية ، وهى تعلو فى النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية ، أنها لا تصدر فى جميع تشريعاتها إلا عن المصلحة العامة ، لا سيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل ، وهى هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية . (والأمر الثانى) أن الأولى ، فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، إتخاذ معيار موضوعى ثابت مستقر ، لا يخطىء فى فهم معناه ولا نختلف فى تفسيره ، فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لا شك فى حاجة التشريع إليهما ، بل لا شك فى أن حاجته إليهما تزيد كثيراً عن حاجة التصرف المدنى فى نظرية التعسف فى إستعمال الحق وعن حاجة القرار الإدارى فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة الادارية .

فما عسى أن يكون هذا المعيار الموضوعى ؟

من الخير ، فى هذا الموضوع الذى لا يزال فطيراً لم يختمر ، أن نسير فى أناة وحذر ، فلا نحاول أن نلقى بمبادىء ثابتة فى مسائل لم تتبلور ، ولا يزال الباحث فيها يتحسس طريقه . وبحسبنا هنا أن نستعرض للمعيار الموضوعى فروضاً خمسة ، ونتدرج ، ونحن نستعرض هذه الفروض ، فى الموضوعية ، بأقصى حدودها :

(١) فرض يرجع فيه إلى طبيعة التشريع ذاتها معياراً موضوعياً ، وهذه هى أقصى حدود الموضوعية .

(٢) فرض يجاوز فيه التشريع الغرض المخصص الذى رسم له ، وهذه هى ثانى مرتبة فى الموضوعية .

(٣) فرض تكفل فيه الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية ، وهذه هى المرتبة الثالثة للمعيار الموضوعى .

(٤) فرض تحمى فيه الحقوق المكتسبة ، على أن يكون المعيار هنا أيضاً معياراً موضوعياً ، ويأتى فى المرتبة الرابعة من الموضوعية .

(٥) فرض تقيد فيه السلطة التشريعية ، وهى تستعمل بوجه عام سلطتها التقديرية فى التشريع ، بمعيار موضوعى يستخلص ، لا من نصوص الدستور ، بل من مبادئه العليا ومن الروح التى تهيمن على هذه النصوص . وهنا يتسع مجال الاجتهاد ، وتختلف أنظار الباحثين ، ويكاد المعيار الموضوعى يتاخم المعيار الذاتى إذ هو من الموضوعية فى حدودها الدنيا .

ونستعرض الآن هذه الفروض الخمسة .

الفرض الأول - الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً :

رأينا أن التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة ، فالعموم والتجرد هما اللذان تتميز بهما القاعدة التشريعية عن القرار الإدارى . ورأينا أن البرلمان إذا أصدر قراراً إدارياً لا يدخل ضمن القرارات الادارية التى يختص بإصدارها ، كان القرار باطلاً لعيب فى الاختصاص . اما إذا أصدر قراراً فردياً ، وقصد به أن يكون تشريعاً عاماً مجرداً ، كان القرار باطلاً لعيب فى المحل .

هذا ما قررناه فيما تقدم . ونقرر هنا حالة ثالثة : يصدر البرلمان تشريعاً عاماً مجرداً وهو يعلم أنه لن يطبق فى الواقع إلا على حالة فردية واحدة . فهذه صورة هى عكس الصورة التى رأيناها فى الحالة الثانية . إذ البرلمان أراد هنا حالة فردية ولكنه أصدر تشريعاً عاماً مجرداً ، وأراد هناك تشريعاً عاماً مجرداً ولكنه أصدر قراراً فردياً

ونورد مثلاً على الحالة الثالثة : يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها ، ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول . فهنا قصد البرلمان أن يصدر قراراً إدارياً ، فى صورة تشريع صورى ، بعزل أعضاء هذه الهيئة القضائية .

فالتشريع باطل ، لأن البرلمان انحرف به في إستعمال سلطته التشريعية . ومعيار الانحراف هنا موضوعي محض ، إذ لسنا في حاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع . وبحسبنا أن نتثبت من أنه لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات ، وأن هذا كان واضحاً كل الوضوح للبرلمان عند إصداره له ، لنوقن أن هذا العمل هو تشريع في صورته ، قرار إداري في حقيقته ، وهو بهذه المثابة يتعارض مع طبيعة التشريع[1] .

ويقرب من هذا أن يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية معينة منظورة أمام المحاكم ، ويكون التشريع لا ينطبق إلا على هذه القضية بالذات . فإذا كان هذا واضحاً وقت إصدار البرلمان للتشريع ، كان التشريع في حقيقته قراراً إدارياً فردياً أصدره البرلمان في صورة تشريع عام ، وهذا ما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

الفرض الثاني - مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له :

قدمنا في نظرية التعسف في إستعمال السلطة الإدارية أن القانون لا يكتفي في كثير من أعمال الإدارة بهدف المصلحة العامة ، بل يحدد هدفاً يجعله هو الهدف المخصص لعمل إداري معين ، وفقاً لقاعدة تخصيص

---

(١) ولسنا أول من يقول بهذا الرأي فقد وجدنا الأستاذ ديجيه يصل إلى النتيجة ذاتها إذ يقول بانعدام صفة العموم في تشريع موقت يصدره البرلمان ويقصد من توقيته أن يقتصر تطبيقه على حالة فردية أو على شخص بالذات . وإليك ما يقوله في هذا الصدد : « أعتقد أن القرار العام يبقى قراراً عاماً . ومن ثم يكون تشريعاً من الناحية المادية ، حتى لو وقت بمدة من الزمن تعين مقدماً ، بشرط الا يكون الغرض الحقيقي من هذا التوقيت ، بطبيعة الحال ، هو أن يقتصر تطبيق التشريع على حالة فردية أو على شخص بالذات . إذ لا شك في أن النص في هذه الحالة لا تكون له صفة العموم » .
« Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie généra et, par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période du temps déterminée d'avance à la condition, bien entedu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espéce unique ou à une parsonne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas de caractére de généralité.
(Duguit, Droit contitutionnel 2 éme éd. II p.p. 154 -155).

الأهداف . وهذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق فى ميدان التشريع ، فقل أن يقيد الدستور المشرع - أو يقيد المشرع نفسه - فى أن يشرع فى دائرة معينة لا يتخطاها ، ولهدف مخصص لا يجاوزه . والأصل إطلاق سلطة المشرع فى التشريع ، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط ، ولا يتقيد فى هذا التنظيم بهدف غير المصلحة العامة .

ويصح مع ذلك ، فى حالات قليلة ، أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين . ونورد مثلين للهدف المخصص فى التشريع : صون الأمن والنظام العام فى تشريعات الأحكام العرفية ، ووقاية النظام الاجتماعى فى تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة .

ففى الأحكام العرفية تقدم القول أن المادة ١٥٥ من الدستور توجب أن يكون إجراؤها على الوجه المبين فى القانون . فلا بد من قانون ينظم الأحكام العرفية إذا هى أعلنت . ومن أهم أغراض هذا القانون أن يبين على وجه الحصر الحالات التى يمكن فيها إعلان هذه الأحكام . وقد حصرت هذه الحالات فعلاً فى ثلاث ، إثنتان منهما وردتا فى قانون الأحكام العرفية الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ ، والثالثة وهى حالة مؤقتة وردت فى قانون مكمل صدر فى ١٣ من مايو سنة ١٩٤٨ فى مناسبة الحرب الفلسطينية . وقد سبق ، عند الكلام فى الأحكام العرفية فى أول هذا البحث ، أن ذكرنا هذه الحالات الثلاث . ويستخلص من استقرائها أنها تهدف فى إقامة الحكم العرفى إلى تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الأمن والنظام العام ومن تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى المادة ٣ من قانون الأحكام العرفية ، وهى تعدد الاختصاصات الاستثنائية التى تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، ذكرت فى النهاية أنه « يجوز لمجلس الوزراء أن يضيف دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو أن يرخص لها باتخاذ أى تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام فى كل الجهة التى أجريت فيها الأحكام العرفية أو فى بعضها » . فصون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين ، هذه هى الغايات المخصصة لقوانين الأحكام العرفية وهى فى الوقت ذاته الحدود التى تقف عندها هذه القوانين

ولا يصح أن تجاوزها كما سبق القول وما لم يضف المشرع حالة جديدة يجيز فيها إعلان الأحكام العرفية غير هذه الحالات الثلاث ، يجب عليه أن يلتزم فى كل تشريع يصدره لتنظيم الأحكام العرفية . وفى أى تعديل أو إضافة القانون الأحكام العرفية الحالى ، هذه الغايات المخصصة ، ولا يجاوزها إلى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف إلى المصلحة العامة . والمشرع إنما يستعمل سلطة تقديرية فى تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين ، فإن انحرف فى إستعمال هذه السلطة التقديرية ،وأضاف إلى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اختصاصات أخرى لا تدخل فى هذه الغايات المخصصة تحت ستار أنها تدخل فيها ، كأن أجاز للسلطة العرفية القبض على المتهمين فى جرائم يقول إنها تتصل بالأمن والنظام العام أو بحاجات الحرب والتموين وهى لا تتصل ، أو أجاز لها تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات وكان التقييد بعيد المدى إلى حد تجاوز الحاجة ، كان تشريعه متخطياً للغاية المخصصة التى رسمت له ، ومن ثم مشوباً بالانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . ومعيار الانحراف هنا موضوعى ، فيكفى التثبت من أن الاختصاصات الجديدة التى أعطيت للسلطة العرفية ، تحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين ، إنما تجاوز فى حقيقتها ، ومن ناحية موضوعية مخصة ، هذه الغايات المخصصة .

وكذلك الأمر فى تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة . فقد حظرت المادة ١٥ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعى . وحظرت المادة ٢٠ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة الحق فى منع الاجتماعات العامة دون قيد إلا إذا اتخذ هذا التدبير لوقاية النظام الاجتماعى . فوقاية النظام الاجتماعى هى الغاية المخصصة لأى تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإدارى أو لمنع الاجتماعات العامة دون قيد[1] . ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية فى تحديد دائرة

---

(١) ووقاية النظام الاجتماعى أيضاً هى الغاية المخصصة التى عينها الدستور للاتفاقات الدولية الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين ، فقد نصت المادة ١٥١ من

وقاية النظام الاجتماعى ، ولكن لا يجوز له أن يجاوز هذه الدائرة ، وأن يخرج عن هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، مدعياً مع ذلك أنه لا يزال ملتزماً دائرة وقاية النظام الاجتماعى . فإذا صدر تشريع يجيز مصادرة الصحف إدارياً أو منع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل فى وقاية النظام الاجتماعى ، وإن كانت تدخل فى حفظ الأمن والنظام العام ، كان هذا التشريع مجاوزاً لغايته المخصصة . ومعيار الانحراف هنا موضوعى أيضاً . فيكفى التثبيت من أن الأسباب التى أجاز فيها المشرع المصادرة الإدارية للصحف أو منع الاجتماعات العامة ، وإن كانت نسبت إلى وقاية النظام الإجتماعى ، تجاوز من ناحية موضوعية محضة هذه الدائرة المحددة ، حتى يكون التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف(١) .

=

الدستور على أن « تسليم اللاجئين السياسيين محظور ، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التى يقصد بها المحافظة على النظام الاجتماعى » .

(١) ومن الغايات المخصصة التى رسمها الدستور لبعض التشريعات ما نصت عليه المادة ١٢٧ من أن « عدم جواز عزل القضاة أو نقلهم تتعين حدوده وكيفيته بالقانون » . والغاية المخصصة التى رسمها الدستور لهذا القانون الذى يعين حدود عدم جواز عزل القضاة ونقلهم هى كفالة استقلال القضاء على النحو المبين فى المادة ١٢٤ من الدستور ، فيجب أن يحقق القانون هذه الغاية المخصصة ولا يجوز أن ينحرف عنها . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٢٩ من الدستور من أن « جلسات المحاكم علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للنظام العام أو للمحافظة على الآداب » . فكل تشريع يجيز جعل جلسات المحاكم سرية لا يصح أن يجيز ذلك إلا لتحقيق غاية مخصصة ، هى مراعاة النظام العام أو المحافظة على الآداب ، ولا يجوز أن ينحرف عن هذه الغاية . ومن ذلك أخيراً ما رسمته المادة ١٣٣ من الدستور من غايات مخصصة للتشريعات التى تصدر بترتيب مجالس المديريات والمجالس البلدية وببيان اختصاصاتها وعلاقتها بجهات الحكومة . ويستخلص من نص هذه المادة أن الغايات المخصصة التى رسمها الدستور لهذه القوانين هى أن تكفل القوانين لهذه المجالس أن تمثل الأهالى تمثيلاً كافياً ، وأن تقوم بكل ما يهم المديرية أو المدينة من أعمال ، وأن تنبسط العلانية على أعمالها ، وأن تقام عليها وصاية معتدلة من جانب السلطة المركزية . والمشرع يتمتع بسلطة تقديرية فى تحديد هذه الغايات المخصصة وفى تحقيقها ، ولكن لا يجوز أن ينحرف عنها فيما يضعه من التشريعات فى هذا الشأن .

الفرض الثالث - كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضـوعية :

رأينا فيما تقدم أن هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم . فالحق فى المساواة ، وحظر إبعاد المصرى عن بلاده ، وحظر المصادرة العامة للأموال ، وحرية الاعتقاد المطلقة ، كل هذه حقوق عامة وحريات لا يجوز أن يرد عليها التقييد . فلو صدر تشريع يقيدها ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور .

أما الحريات والحقوق العامة التى نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد خول فى شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم ، على ألا ينحرف عن الغرض الذى قصد إليه الدستور ، وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية . فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو فى صدد تنظيمها ، كان تشريعه مشوباً بالانحراف . والسبب فى أن التشريع يكون فى هذه الحالة منطوياً على انحراف لا مخالفاً لنصوص الدستور هو أن المشرع هنا قد خول سلطة تقديرية - لا سلطة محددة - فى تنظيم الحق العام ، وقد أساء استعمال هذه السلطة ، إذ بدلا من أن ينظم الحق ، نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم . ويمكن القول ، فى عبارة أخرى أن كل حق عام وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بقانون ، قد رسم الدستور للقانون الذى ينظمه غاية مخصصة ، لايجوز الانحراف عنها ، هى تنظيم هذا الحق على وجه لا ينقض معه الحق ولا ينتقص .

والمعيار هنا موضوعى . فلسنا فى حاجة ، كى نتثبت من أن هناك انحرافاً فى استعمال السلطة ، إلى الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التى اقترنت بالتشريع وقت صدوره . بل يكفينا أن تتبين ، على وجه موضوعى محض ، أن الحق العام الذى ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التى قصد إليها الدستور .

ونور بعض الأمثلة عن حريات وحقوق عامة وكل الدستور تنظيمها إلى المشرع . وجعل له فى ذلك سلطة تقديرية لايجوز أن ينحرف فى إستعمالها عن المصلحة العامة وعن الغاية المخصصة التى أعطيت هذه السلطة من أجلها .

تنص المادة ٣ من الدستور على أن الوظائف العامة، مدنية كانت او عسكرية، يعهد بها إلى المصريين وحدهم، «ولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا فى أحوال استثنائية يعينها القانون». فالتشريع الذى يصدر لتنظيم تولى الأجانب الوظائف العامة يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية، على الا ينحرف عن الغاية التى قصد إليها الدستور، وهى أت تكون تولية الأجنبى لوظيفة عامة امراً استئنائياً، لكى يبقى زمام البلاد فى أيدى الوطنيين. فلا يجوز أن يطلق التشريع المجال للأجانب يتولون الوظائف العامة كالمصريين سواء بسواء، بل يجب أن يكون ذلك مقصوراً على حالات خاصة، وفى أعمال تقتضى كفاية لا يتيسر وجودها فى المصريين. فإذا صدر تشريع يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل تولى الأجانب للوظائف أمراً استثنائياً، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ولخروجه على الغاية المخصصة التى رسمها الدستور، وهى ان يكون توظيف الأجانب بقدر الحاجة إليهم وعلى سبيل الاستثناء.

وتنص المادة ١٣ من الدستور على أن «تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية على الا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب». فلو صدر تشريع يضع قيوداًعلى حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد بحيث ينتقص من هذه الحرية انتقاصاً خطيراً، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

وتنص المادة ١٤ من الدستور على أن «حرية الرأى مكفولة، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك فى حدود القانون». وتنص المادة ١٥ على أن «الصحافة حرة فى حدود القانون، والرقابة على الصحف محظورة». فلو صدر تشريع يقيد من حرية الرأى أو من حرية الصحافة تقييداًخطيراً بحيث ينقض هذه الحرية او ينتقص منها، كان التشريع منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية، إذ أن الغاية المخصصة من تشريعات الرأى والصحافة ليست نقض هذه الحرية العامة أو الانتقاص منها، بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع. هذا ويلاحظ أنه إذا صدر تشريع لتقييد

حرية الصحافة فيما تكون فيه هذه الحرية مطلقة لا تقبل التقييد ، كما إذا صدر تشريع يبسط الرقابة على الصحف فى غير نظام الأحكام العرفية ، كان هذا التشريع باطلاً ، لا لانطوائه على إنحراف فى إستعمال السلطة ، بل لمخالفته لنصوص الدستور كما سبق القول .

وتنص المادة ٢٠ من الدستور على أن « للمصريين حق الاجتماع فى هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً ، وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم ، ولا حاجة بهم إلى اشعاره . لكن هذا الحكم لا يجرى على الاجتماعات العامة فإنها خاضعة لأحكام القانون ، كما أنه لا يقيد أو يمنع أى تدبير يتخذ لوقاية النظام الاجتماعى » . وتنص المادة ٢١ من الدستور على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون » . فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو ينقص منها انتقاصاً خطيراً ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[1] . كذلك يكون باطلاً للانحراف أى تشريع

---

(١) وقد كان قانون الاجتماعات بالفعل محلا للنظر فى دستوريته أمام محكمة القضاء الإدارى فى دائرة وقف التنفيذ ، ولم تبت المحكمة فى هذه المسألة ، بل تركتها لمحكمة الموضوع . وقالت فى هذا الصدد : « ومن حيث إنه مما يؤيد هذا النظر ان قانون الاجتماعات كان من التشريعات التى اقرها البرلمان المصرى باعتبار أن هذا القانون يقيد الحريات . وقد احتمله مجلس النواب على مضض بعد ان صرحت الحكومة أمام المجلس إن فى نيتها الا تطبق هذا القانون إلا عند الضرورة القصوى عندما ترى الأمن مهدداً وانها لابد ان تتدخل او يتدخل غيرها على كره منها . بل إن مجلس النواب وافق على إلغائه فى اول يولية سنة ١٩٢٤ اكتفاء بأحكام القانون العام إذ رآها كفيلة بالمحافظة على النظام . . . ولما لم يوافق مجلس الشيوخ على إلغاء هذا القانون ، تداوله المجلسان بتعديلات اساسية تقيد تقيداً جوهرياً من سلطة الإدارة فى منع الاجتماعات وفى فضها ، ولم يقدر لهذه التعديلات ان تصبح تشريعاً نهائياً ، فبقى قانون الاجتماعات على اصله قانوناً استثنائياً مقيداً للحريات . وفى الوقت الذى تدع فيه محكمة وقف التنفيذ النظر فى امر دستوريته إلى محكمة الموضوع يتعين عليها ان تفسره تفسيراً ضيقاً ، فلا يجوز تطبيقه إلا عند الضرورة القصوى ، ولا يصح أن تتذرع به الإدارة لمنع الاجتماعات إلا إذا اجتمع عندها اسباب بالغة الخطورة تبرر هذا المنع » (محكمة القضاء الادارى - دائرة وقف التنفيذ قضية رقم ١٥٩٣ سنة ٥ قضائية المحكوم فيها بتاريخ ١٩٥١/١١/٧) .

ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينقض تحت ستار التنظيم هذا الحق أو ينتقص منه انتقاصاً خطيراً . أما إذا صدر تشريع ينص على سلب المصريين حق تكوين الجمعيات فى ناحية أو فى أخرى ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور ، لأن المادة ١٥ لم تجز أن يرد التشريع على ذات الحق ، وإنما أجازت أن يرد على كيفية استعماله . كذلك التشريع الذى يقيد ، فى غير وقاية النظام الاجتماعى ، الاجتماعات الخاصة ، أو يفرض حضور رجال البوليس فى هذه الاجتماعات ، أو يوجب إشعار البوليس بها ، يكون تشريعاً باطلاًلمخالفتهلنص المادة ٢٠ من الدستور .

وقد رأينا أن المادة ١٥٥ من الدستور تنص على أنه « لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من الأحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً فى زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية ، وعلى الوجه المبين فى القانون . وعلى أى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت فى انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور » . ويؤخذ من هذا النص أن الدستور فوض إلى المشرع وضع القانون الذى ينظم الأحكام العرفية ، وخول له سلطة تقديرية واسعة فى وضع هذا النظام ، فله أن ينتقص من الحريات العامة وقت قيام الأحكام العرفية ، وله أن يعطل أحكام الدستور فيما عدا حكماً واحداً هو انعقاد البرلمان متى توافرت شروط الانعقاد . ولما كان قانون الأحكام العرفية يحل عند إعلان هذه الأحكام محل الدستور ، بل ويعطل أحكامه ، فقد خول المشرع فى وضع أحكام هذا القانون سلطة بعيدة المدى تكاد تماثل سلطة الدستور . وتضمن القانون فعلا من الأحكام ما يعطل الحقوق والحريات العامة ، فهو يجيز بسط الرقابة على الصحف والنشرات الدورية وضبط المطبوعات والنشرات والرسومات التى من شأنها تهييج الخواطر وإثارة الفتنة أو التى تؤدى إلى الإخلال بالأمن العام ، ويخول مراقبة الرسائل البريدية والتلغرافية والتلفونية ، ويبيح منع الاجتماعات العامة وحلها بالقوة وتقييد الحرية الشخصية فى التنقل والتوطن ونحو ذلك . ولكن هذه السلطة التقديرية لا يجوز الانحراف فى استعمالها ، كما سبق القول ، لتحقيق غايات غير الغايات المخصصة التى قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء الأحكام العرفية ، وقد تقدم ذكر ذلك . فإذا إنحرف المشرع فى استعمال سلطته التقديرية . وهو ينظم الأحكام العرفية ، عن

هذه الغايات ، كان تشريعه مشوباً بالانحراف . على أن هذا التشريع يكون مخالفاً لنص الدستور ، لا مشوباً بالانحراف ، إذا هو عطل انعقاد البرلمان إلى ما بعد السبت الثالث من شهر نوفمبر خلافاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦ من الدستور ، أو فض الدورة قبل ستة شهور خلافاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩ ، أو محاوزة الستين يوماً السابقة على إنتهاء مدة النيابة فى إجراء الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب أو تجديد مجلس الشيوخ خلافاً لنص المادتين ١١٤ و ١١٥ ، أو تأجيل انعقاد البرلمان لمدة تزيد على شهر خلافاً لنص المادة ٣٩ ، أو إجراء الانتخابات العامة بعد حل مجلس النواب فى مدة تزيد على شهرين خلافاً لنص المادة ٨٩ . وقد يقال إن تمكين السلطة العرفية من تأخير الانتخابات العامة عن ميعادها الدستورى ، سواء كانت هذه الانتخابات نتيجة لإنتهاء مدة النيابة أو نتيجة لحل مجلس النواب ، يعتبر تعطيلاً غير مباشر لانعقادالبرلمان عن طريق تعطيل الشروط الواجب توافرها لهذا الانعقاد ، فيكون هذا انحرافاً فى استعمال السلطة التشريعية لا مخالفة لنص الدستور . والنتيجة العملية واحدة فى الرأيين ، فالتشريع يكون باطلاً على كل حال ، إما لمخالفة نص الدستور أو للانحراف .

الفرض الرابع - احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها فى غير ضرورة أو من غير تعويض :

يحرص الدستور على احترام الحقوق المكتسبة ، فهو لا يسمح أن تمس فى غير ضرورة . ومن ثم نصت المادة ٢٧ من الدستور على أنه « لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ، ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » . فجعل الأصل فى القوانين أنها لا تسرى على الماضى حتى لا تمس الحقوق المكتسبة . واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد فى جذورها إلى أعماق القانون الطبيعى والمبادىء الأساسية للعدالة ، حتى أن المادة ٢٧ السابق ذكرها لو لم تكن قد وردت فى الدستور لوجب مع ذلك أعمال حكمها دون نص ، بل لما صح الاستثناء الذى أوردته من جواز أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعى . وغير القانون من القواعد التنظمية ، كمرسوم أو قرار إدارى تنظمى آخر ، لا يجوز أن يتضمن نصاً على الأثر الرجعى ، وإلا كان

هذا النص باطلاً . أما القانون فيجوز على سبيل الاستثناء وبالقدر الذى تدعو إليه الضرورة ، أن تشتمل على نص خاص بالأثر الرجعى كما تقرر المادة ٤٧ من الدستور . ويلاحظ مع ذلك أن الإسراف فى النص على الأثر الرجعى فى القانون يعتبر انحرافاً فى إستعمال السلطة التشريعية . بل أن بعض التشريعات التى تمس حقوقاً مكتسبة تنص على وجوب التعويض عنها . وبلغ الأمر بمجلس الدولة فى فرنسا أن يقضى بالتعويض دون نص .

فالقاعدة التى نبسطها هنا هى أن الإسراف فى تقدير الأثر الرجعى يعد انحرافاً فى إستعمال السلطة التشريعية ونستعرض لهذه القاعدة تطبيقات أربعة :

(١) تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى : قدمنا أن المادة ٦ من الدستور تقضى أن العقوبة لا تكون إلا بناء على قانون ومن غير أثر رجعى . فإذا وضع القانون عقوبة على فعل معين، وجب ألا يكون لهذا القانون أثر رجعى ، ومن ثم لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدوره . بل لا يجوز ، بالنسبة إلى العقوبة ، أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعى ، وإلا كان هذا النص باطلاً لمخالفته للمادة ٦ من الدستور . وإذا احتال المشرع على هذا النهى الدستورى بقصد أن يتخطاه ، فأصدر تشريعاً عادياً يخفى عقوبة وجعل لهذا التشريع أثراً رجعياً بنص خاص ، فقد جعل للعقوبة وهى تحت ستار تشريع عادى أثراً رجعياً ، ويكون تشريعه مشوباً بالانحراف . ونورد لذلك مثلا التشريع الفرنسى الصادر فى ٩ يولية سنة ١٩٠٧ ، وهو التشريع الذى سبقت الإشارة إليه ، ويقضى باستثناء طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٣ ، هم الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ من يونية سنة ١٩٠٧ من الانتفاع بالتسريح المبكر . وقد قررنا فيما تقدم أن هذا التشريع يعتبر فى نظرنا تشريعاً عاماً مجرداً، ولكنه يخف عقوبة مقنعة أراد المشرع توقيعها بأثر رجعى على من عصوا الأوامر من مجندى سنة ١٩٠٣ ، ومن ثم يكون التشريع مشوباً بالانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

ويلاحظ أن ستر التشريع لعقوبة مقنعة مسألة المعيار فيها موضوعى . فليس علينا للكشف عن هذه العقوبة المقنعة أن نتحسس نوايا المشرع وأغراضه ، بل يكفى أن نتأمل فى أحكام التشريع من الناحية الموضوعية ، فإن كانت تنطوى على عقوبة حقيقية ، فالتشريع باطل لما شابه من الانحراف .

(٢) تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره : من القواعد المقررة أن التشريعات المفسرة لها اثر رجعى ، لأنها لا تنشىء قاعدة جديدة ،بل تفسر قاعدة موجودة . ولكن يجب ، مع ذلك ، الاحتياط فى تكييف التشريعات المفسرة فقد يسن تشريع على أنه تشريع مفسر ، وحقيقة أمره انه تشريع يعدل من تشريع سابق ، فهو تشريع مفسر فى صورته ، معدل فى حقيقته . والذى تنبغى ملاحظته فى هذه المسألة أن التشريع المفسر يكون له أثر رجعى كما قررنا ، أما التشريع المعدل فلا يجوز أن يكون له أثر رجعى إلا بنص خاص . فيخشى أن يكون المشرع ، لسبب أو لآخر ، لا يرى المصارحة فى انه يضع تشريعاً له اثر رجعى ، فيخفى هذا الأثر تحت ستار ان التشريع مفسر ، كأن يزيد فى مقدار ضريبة فى تفسير يضعه للتشريع الذى ينشىء هذه الضريبة ويكون التفسير فى حقيقته تعديلا للتشريع . وفى هذه الحالة يكون المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية فى تفسير تشريع سابق ، قد إنحرف فى إستعمال هذه السلطة ، وخرج من التفسير إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعى . ومن ثم يكون التشريع ، من حيث هذا الأثر ، باطلاً لما شابه من الانحراف . وغنى عن البيان ان انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل يعرف بالمقارنة بين التشريعين السابق واللاحق مقارنة موضوعية ، فالمعيار هنا أيضاً معيار موضوعى .

(٣) إطالة مدة التقادم فى قوانين الضرائب : يجوز للمشرع بوجه عام أن يطيل مدة التقادم . ولكن يجب الحذر من هذه الإطالة فيما يتعلق بقوانين الضرائب ، فإن فيها زيادة فى أعباء الضريبة . ونستعرض فى هذا الصدد فرضين : (الفرض الأول) تشريع يطيل مدة التقادم فى إحدى الضرائب قبل أن تنقضى المدة الأصلية . وفى هذا الفرض لا يكون هناك انحراف فى

إستعمال السلطة التشريعية ، فإن المشرع لابد أن يكون قد قدر ، تحت ضغط الضرورة الملحة ، أن هناك أسباباً خطيرة توجب إطالة مدة التقادم قبل انقضائها ، حتى يتسع الوقت أمام عمال الضرائب لجباية مالم يجبوه منها . وهذه الزيادة فى أعباء الضريبة لاتستحب ، ولكن الظروف الاضطرارية قد تبرر التجاء المشرع إليها . (الفرض الثانى) تشريع يطيل مدة التقادم فى إحدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت . وفى هذا الفرض يكون التشريع قد مس حقاً مكتسباً ، إذ أن المدة الأصلية للتقادم قد انقضت وسقطت الضريبة ، ثم جاء التشريع الجديد يطيل مدة التقادم ، فيعيد الضريبة بأثر رجعى بعد سقوطها . والرجعية فى قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشر أو عن طريق إطالة مدة التقادم ، ترهق الممولين ، ويغلب أن تنطوى على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . ولا يجوز على كل حال أن يفاجأ الممولون ، بعد أن سقطت الضريبة عنهم ولم يعودوا يحسبون لها حساب ، برجوع الضريبة من جديد . وتقرير ما إذا كان المشرع ، وهو يطيل مدة التقادم ، قد إنحرف فى إستعمال سلطته التشريعية أمر موضوعى محض ، إذ يكفى للاستيثاق من هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الأصلية والتثبت من أنها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذى أطالها ، وأن المشرع لم تكرهه قوة قاهرة على تجشيم الممولين هذا العنت . وقد رأينا فيما تقدم أن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، وقبله القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، قد أطالا مدة التقادم بالنسبة إلى طائفة من الضرائب هى الضرائب المفروضة على إيرادت رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتى استحقت فى المدة من أول ستمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ . ويبدو أن بعض هذه الضرائب كان قد سقط بالتقادم قبل صدور القانون الأول . فإحياؤه من جديد عن طريق تشريع يطيل مدة التقادم قد يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

وقبل أن نترك قوانين الضرائب إلى نص ورد فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة . وقد أقحمه المشرع فى المكان الذى وضعه فيه دون مبرر . ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات

والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التى تكون مستحقة للأفراد فى ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم . وقد قيل فى تعليل هذا النص ، الذى يخرج على أصول القانون المدنى ، أن التقادم مبنى على قرينه الوفاء ، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات أو مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه ، فإن كان لم يستوفه فعلاً فلا محل لقيام قرينة على الوفاء . ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحل الحكومة محل الدائن بإنقضاء مدة التقادم . وما دمنا قد ابقينا الحق ولم نسقطه بإنقضاء هذه المدة ، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه ، فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه . لا ان تستولى الحكومة عليه دون مقابل ، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض(١) .

(٤) قوانين التضمينات : قدمنا أن قوانين التضمينات هى تشريعات عامة مجردة ونعود إلى بحث هذه القوانين من ناحية أخرى ، هى إحتمال أن تنطوى على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وذلك أن قوانين التضمينات تعفى الحكومة من المسئولية عن حوادث وقعت فى الماضى ، فهى إذن تسرى بأثر رجعى . ومن هناء جاز التساؤل عن قيمتها الدستورية .

وقد عرفت مصر قوانين التضمينات عن طريق القانون الانجليزى . وقد كان هذا القانون فى القديم لا ينظم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع

---

(١) وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ يقف سريان التقادم لصالح المقيمين فى البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة . ولما كانت الشركات والمصارف قد جرت على أن تورد لخزانة الحكومة تباعاً المبالغ والقيم الباقية فى ذمتها بمجرد إنتهاء مدة التقادم نزولاً على حكم المادة ٢٩ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، فقد تبين فيما بعد ان بعض أصحاب هذه المبلغ هم ممن كانوا يقيمون فى البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة . وان القيم المستحقة لهم لم تكون قد تقادمت وقت توريدها للخزانة بسبب وقف سريان التقادم . ولا شك فى أن للدائنين . فى هذه الحالة ، الرجوع على الشركات والمصارف بحقوقهم ، وللشركات والمصارف الرجوع على الحكومة بدعوى استرداد غير المستحق .

يحدد اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام . بل كان ، إذا قامت أزمة تستدعى إتخاذ إجراءات استثنائية مخالفة للقانون العام ، يبيح بمقتضى تشريع يصدره البرلمان وقف ما يسمى «قانون الإحضار» (Habeas Corpus) ، وهو القانون الذى يجيز لكل شخص إتخذ ضده إجراء مخالف للقانون ، كأن حبس مثلا لشبهة علقت به ، استصدار « أمر إحضار » وإنهاء حالة الحبس المخالفة للقانون إما بالأفراج عنه أو بمحاكمته قانونية . فإذا وقف «قانون الإحضار» لأجل معين ، أمكن السلطة التنفيذية أن تتخذ من الإجراءات الاستثنائية ما تقتضيه الظروف . وقبل انتهاء هذا الأجل يصدر عادة قانون للتضمينات (bill of indemnity) يعفى الموظفين العاملين من مسئوليتهم عن إتخاذ هذه الاجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون ، بشرط أن تكون قد إتخذت بحسن نية (bona fide) وفى خدمة الوطن أى لمصلحة عامة . فالقانون الانجليزى ، حتى سنة ١٩٢٠[١] يتميز بما يأتى : (١) هو لا ينظم الأحكام العرفية بتشريع سابق عليها ، بل يصفيها بتشريع لاحق لها هو قانون التضمينات . أما التشريع الذى يصدر لوقف قانون الإحضار فهو بمثابة إعلان للأحكام العرفية . (٢) وهذا يرجع إلى طبيعة الدستور الانجليزى ، فهو دستور مرن يملك البرلمان تعديله بتشريع عادى ، وما قانون الوقف ولا قانون التضمينات إلا تشريعان دستوريان فى حقيقتهما ، يعدلان من القواعد الدستورية التى تقضى بمسئولية السلطة العامة عن الاجراءات المخالفة للقانون ، فيقف الأول هذه المسئولية ، ويعفى منها الثانى إعفاء نهائياً . (٣) ولكن لا يصل الإعفاء من المسئولية إلى حد حماية سوء النية ، فإذا خالف الموظف العام القانون فى الاجراءات الاستثنائية التى اتخذها وكان ذلك بسوء لدافع غير

---

(١) نقول حتى سنة ١٩٢٠ ، لأنه قد صدر فى إنجلترا فى تلك السنة قانون لتنظيم سلطات الطوارىء (Emergency powers act) ، يعطى للحكومة ، إذا هى أعلنت حالة الطوارىء فى ظروف معينة تهدد بالخطر ، سلطة إصدار لوائح تواجه بها هذه الحالات الاستثنائية ، على أن تعرض هذه اللوائح على البرلمان فى أقرب وقت ممكن لإقرارها . فلم تعد هناك حاجة لإصدار قوانين تضمينات بعد قيام هذا النظام القانونى الدائم الذى يشبه من بعض الوجوه النظام العرفى فى مصر .

المصلحة العامة، بقى مسئولا، ولايعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية.

ويختلف النظام الدستورى المصرى عن النظام الدستورى الانجليزى اختلافاً بيناً. ومن ثم كان إقحام قوانين التضمينات على النظام المصرى محلا للنظر. ذلك أن الدستور فى مصر يوجبُ تنظيم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع سابق عليها، وهذا ماتقتضى به المادة ١٥٥ من الدستور. فالحاجة إلى قانون تضمينات تعفى السلطة العرفية من المسئولية تبدو غير واضحة. هى واضحة فى القانون الانجليزى حتى سنة ١٩٢٠، حيث لا يوجد قانون للأحكام العرفية يعطى السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة تمكنها من معالجة الظروف االاستثنائية التى توجهها، فتضطر إلى إتخاذ اجراءات مخالفة للقانون، فيجىء قانون التضمينات بعد ذلك يغطى مسئوليتها. فكأن قانون التضمينات فى القانون الانجليزى هو قانون لاحق يراد به تنظيم ماسبق من الأحكام العرفية. أما فى مصر فهناك قانون سابق لتنظيم هذه الأحكام، فما الحاجة إلى قانون لاحق لتنظيمها! وقد أعطى قانون الأحكام العرفية فى مصر للسلطة القائمة على إجرائها إختصاصات استثنائية، تضيق وتتسع، حتى تتمكن هذه السلطة من مواجهة الظروف. فلا يجوز بعد ذلك للسلطة العرفية مجاوزة هذه الاختصاصات الاستثنائية، وإلا كانت مسئولة، وكان قانون التضمينات الذى يعفيها من هذه المسئولية متعارضاً مع روح الدستور. فالدستور لم يرد أن تجاوز السلطة العرفية حدود القانون العام إلا بعد ترخيص تشريعى يتمثل فى قانون الأحكام العرفية، اى أنه أراد كما سلف القول تنظيم الأحكام العرفية مقدماً قبل إجرائها بتشريع سابق، لاتصفيتها مؤخراً بعد إنتهائها بتشريع لاحق. فالجمع بين قانون الأحكام العرفية الذى عدد اختصاصات الحاكم العسكرى على سبيل الحصر ومن ثم حرم عليه مجاوزة هذه الاختصاصات، وبين قانون التضمينات الذى يبدو أنه يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية حتى لو جاوز هذه الاختصاصات المحددة، ينطوى على تعارض دستورى ظاهر. وإذا كان أول قانون للتضمينات صدر فى مصر هو القانون الصادر فى سنة ١٩٢٣ عقب الأحكام العرفية التى تولتها السلطة المحتلة فى مناسبة الحرب الكبرى التى

اعلنت فى سنة ١٩١٤ ، فإن هذا القانون قد جاء قبل نفاذ الدستور وقبل صدور قانون الأحكام العرفية ، فاحتاج القائد العام للقوات البريطانية فى مصر إذ ذاك إلى قانون تضمينات يحميه من المسئولية ، إذ لم يكن فى ممارسته للأحكام العرفية يستند إلى قانون ينظم هذه الأحكام ، فكانت إجراءاته مخالفة للقانون العام ، ومن ثم قامت الحاجة إلى إعفائه من المسئولية بتشريع خاص على النحو المألوف فى قوانين التضمينات الانجليزية[1] . ومن نفاذ قانون الأحكام العرفية الذى ينظم هذه الأحكام مقدماً ويغنى عن تصفيتها مؤخراً ، صدرت قوانين للضمينات فى مناسبات مختلفة ؛ صدر المرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥[2] وقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧[3] عقب الأحكام العرفية التى أعلنت فى مناسبة الحرب

---

(١) وقد نصت المادة الثانية من هذا التشريع الصادر فى ١٩٢٣ على ما يأتى : لا تقبل لا فى الحال ولا فى الاستقبال أمام أية محكمة من محاكم البلاد أية دعوى أو طلب أو قضية جنائية أو غيرها من الإجراءات ، ولو على شكل دعوى تقام من المدعى عليه على المدعى أو دفع فرعى أو دفاع ، سواء كانت الدعوى منظورة الآن أو ترفع فيما بعد ، وأيا كان رافعها ، إذا كان الغرض منها الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة العسكرية بمقتضى الأحكام العرفية . ويدخل فيما تقدم الإعلانات والأوامر المتعلقة بأملاك الخديوى السابق عباس حلمى باشا المنقولة والثابتة وما قام به الحارس الرسمى لأموال الأعداء من التصرف فى الأملاك المذكورة بالبيع أو بغيره من التصرفات ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة من طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى . وإذا عرضت دعوى من هذا القبيل وجب رفضها حتما فى أية حالة تكون عليها الدعوى » .

(٢) وتنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « لا تسمع أمام المحاكم الجنائية أو المدنية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار ، أو بوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها ، عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى الأحكام العرفية ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو إبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى » .

(٣) وقد رأينا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتى : « لا تسمع أمام أية =

العالمية الثانية ، وصدر قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠[1] عقب الأحكام العرفية التى أعلنت فى مناسبة حرب فلسطين ! وفى كل هذه القوانين نص على عدم جواز سماع أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها « عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية » . فيجب إذن فى هذه التشريعات ملاحظة ان الجمع بين قانون الأحكام العرفية وقانون التضمينات قد ينطوى على تعارض دستورى ، يجب تجنبه بتفسير قانون التضمينات تفسيراً يزيل هذا التعارض .

فقانون التضمينات لا شك فى أن له أثرا رجعيا كما قدمنا .إذ هو يعفى من المسئولية عن أعمال وقعت قبل صدوره . وقد ترتب على هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمينات . فأتى هذا القانون لإهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها . والأثر الرجعى للتشريع أمر بغيض فى ذاته ، الدستور ولكن يجيزه إستثناء للضرورة على الوجه المبين فى المادة ٢٧ . فيجب أن يقدر بقدر هذه الضرورة ولا يجاوزها ، وإلا كان فيه انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وقياس مشروعية الأثر الرجعى فى قوانين التضمينات بمقياس الضرورة هو أيضاً التزام لمعيار موضوعى ، كسائر المعايير الموضوعية التى التزمنها فى الصور للانحراف .

= جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان او قرار . وبوجه عام أى عمل صدر إبتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة فى ظل النظام بالمرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ المرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولاتجوز متابعة السير فى الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون .

(١) وقد رأينا أيضا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتى : « لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر تدبير أو اقرار . وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم . عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية .

وعلى هدى المبدأ الذى قدمناه، إذا استعرضنا الأعمال غير المشروعة التى يأتيها القائم على إجراء الأحكام العرفية ، أمكن أن نقسمها إلى طوائف ثلاث : (١) أعمال يأتيها مجاوزاً حدود الاختصاصات الاستثنائية التى خولها له قانون الأحكام العرفية . (٢) أعمال يأتيها غير مجاوز فيها هذه الحدود ، ولكنه يتعمد بها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية[١] . (٣) أعمال لا يجاوز فيها الحدود ولا يتعمد الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه ينحرف عنها فعلا بحسن نية ، بأن يكون قد بالغ فى إستعمال سلطته ، وهو يقصد تحقيق مصلحة عامة فأضر بالغير ، كما إذا قبض على شخص لشبهة لم تتحقق أو منزلاً تبين فيما بعد أنه لو اصطنع الحيطة لكان فى غنى عن تفتيشه . وفى الطائفة الأولى من الأعمال يستعمل القائم على إجراء الأحكام العرفية سلطة محددة ، فيجاوزها . أما فى الطائفتين الثانية والثالثة فهو يستعمل سلطة تقديرية ، ولكنه ينحرف فى إستعمالها إما بسوء نية أو عن حسن نية .

ولا يمكن القول بأن الأعمال التى جاوز فيها حدود اختصاصاته أو الأعمال التى تعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية هى أعمال يجوز بتشريع الإعفاء من المسئولية عنها . وذلك لسببين : (السبب الأول) هو نص قانون التضمينات ذاته . فهو إنما يعفى من المسئولية عن الأعمال التى أمرت بها أو تولتها السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها « عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية »[٢] . ولا يدخل فى هذه الأعمال ما جاوز فيه القائم على إجراء الأحكام العرفية السلطة المخولة له أو ما انحرف فيه عن المصلحة العامة عمداً عن سوء قصد (والسبب الثانى) هو الدستور . فهو يأبى أن

---

(١) ويلحق بسوء النية الخطأ الجسيم على إعتبار أن مثل هذا الخطأ إنما هو قرينة على سوء النية .

(٢) وكان مجلس النواب ، فى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، قد أضاف عقب هذه العبارة عبارة أخرى هى : « وفى حدود تلك الأحكام » . فحذف مجلس الشيوخ العبارة الأخيرة . ولما أعيد المشروع إلى مجلس النواب ، رأت الحكومة إقرار الحذف معلنة أنه لا يغير من المعنى المقصود . ونرى مع الحكومة أن الحذف لا يغير من المعنى المقصود ، وإن كانت العبارة المحذوفة من شأنها أن تؤكد هذا المعنى .

تجرى الأحكام العرفية على غير ضابط . فحتم تقييدها مقدماً بتشريع سابق . فإذا خرجت السلطة العرفية على هذا التقييد الدستورى ولم تلتزمه فى إجراءاتها ، فترتب مسئوليتها ، ثم صدر قانون يعفيها من هذه المسئولية ، أصبحت الأحكام العرفية متحررة من كل قيد على خلاف ما أمر به الدستور . والتشريع الذى يبيح الخروج على التقييد الدستورى عن طريق الإعفاء من المسئولية هو تشريع باطل لانطوائه على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فإذا أضفت إلى ذلك أن هذا التشريع يمس بأثر رجعى حقوقاً مكتسبة ، وأن المساس بالحقوق المكتسبة أمر استثنائى لم يجزه الدستور إلا بقدر الضرورة ، والضررة هنا منتفية ، بل إن القول بوجودها يتعارض مع الدستور الذى يأبى إطلاق الأحكام العرفية دون قيد . وأن القانون الانجليزى ذاته قد رأيناه لا يبيح الإعفاء من المسئولية عن الأعمال التى تصدر بسوء نية لدافع غير المصلحة العامة ، ولم يعد هناك مجال للريب فى أن الأعمال غير المشروعة التى يأتيها الحاكم العسكرى مجاوزاً فيها حدود اختصاصاته ، أومتعمداً فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية ، تترتب عليها مسئوليته ، ولا يعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية .

لا يبقى إذن من الأعمال غير المشروعة التى يأتيها الحاكم العسكرى إلا الطائفة الثالثة ، وهى الأعمال التى لا يتعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه يضر بالغير عن خطأ غير مقصود . فهذه هى التى يمكن الإعفاء من المسئولية عنها بتشريع خاص . هو قانون التضمينات . ذلك أن الحاكم العسكرى لم يرد بهذه الأعمال أن يجاوز القيود التى وردت فى قانون الأحكام العرفية . بل هو لم يجاوزها فعلاً ، ولكنه وهو يمارس اختصاصاته ملتزماً حدودها بالغ فى إستخدام سلطته التقديرية عن حسن نية فأضر بالغير . فأراد المشرع أن يحميه من المسئولية لأنه لم يقصد بعمله إلا المصلحة العامة ، وإذا كان قد اخطأ فهذا الخطأ مغتفر . فإذا أعفاه تشريع من المسئولية فى هذه الحالة ، لم يكن هذا التشريع مخالفاً لروح الدستور ، فلا تزال اختصاصات الحاكم العسكرى مقيدة بالقانون ، ولا يزال هو ملتزماً حدود هذا التقييد . وإذا كان التشريع هنا مس حقوقاً مكتسبة ، فيبرر هذا ضرورة قائمة هى عدم إمكان تجنب الخطأ فى هذه

الظروف الدقيقة. أما تعمد الانحراف، وأما مجاوزة حدود السلطة، فلا يمكن أن تقوم ضرورة لتبريرهما.

على أنه مع كل هذا تجب ملاحظة أمرين هامين:

(أولا) القرارات التى يصدرها الحاكم العسكرى ويخطىء فيها عن حسن نية ،إذا كان يعفى من المسئولية عنها للاعتبارات المتقدم ذكرها، تبقى مع ذلك أعمالا غير مشروعة، ومن ثم تبقى قرارات باطلة. فالإعفاءمن المسئولية عنها ليس من شأنه أن يقلبها إلى قرارات صحيحة. وكل مايترتب على هذا الإعفاء هو حرمان من تصيبه بضرر من حق التعويض.

(ثانياً) وحتى فى الحرمان من حق التعويض، لا نرى أن يكون هذا عن طريق منع سماع الدعوى كما جرت العادة. فإن منع الناس من الالتجاءإلى القضاء فيما يدعون به من حقوق، حتى لو كانت ادعاءاتهم على غير أساس، فيه مصادرة لحق التقاضى، وهو حق من الحقوق العامة التى لا يجوز الإخلال بها. وإنما السبيل إلى منع طلب التعويض يكون عن طريق وضع قاعدة موضوعية - لا قاعدة إجرائية - نقضى بألا مسئولية على الحاكم العسكرى إذا هو أخطأ فى تقديره عن حسن نية. وعند ذلك يسمع القاضى الدعوى، فإذا ثبت عنده أن الحاكم العسكرى كان حسن النية قضى برفضها، لا بعدم جواز سماعها ولا بعدم قبولها. وهو على كل حال، لو تقيد بنص قانون التضمينات وأراد الحكم بعدم جواز سماع الدعوى، لا يستطيع ذلك حتى يتثبت من أن الحاكم العسكرى لم يجاوز حدود اختصاصه وأن خطأه فى التقدير كان غير مقصود. وعند ذلك يستوى من الناحية العملية أن يقضى برفض الدعوى أو بعدم جوازسماعها، وإن كان القضاء بالرفض هو الصحيح فى نظرنا[١].

ويخلص مما قدمناه أن الحاكم العسكرى لا يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته المحددة فجاوز حدودها، أو استعمل

---

(١) أما منع سماع الدعوى فلا يكون فيما تقررت فيه مسئولية بحكم القانون ويراد الإعفاء منها، ولكن فيما لم تتقرر فيه مسئولية أصلا ويراد عن طريق منع سماع الدعوى استحداث قواعد موضوعية جديدة. وستأتى الإشارة إلى ذلك فى مكان آخر.

سلطته التقديرية فتعمد الانحراف فى استعمالها . ولكن يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته التقديرية فأخطأ فى إستعمالها عن حسن نية ، ويكون الأمر فى هذه الحالة مقصوراً على الإعفاء من المسئولية ، فترفض دعوى التعويض ويبقى العمل غير مشروع . وفى هذه الحدود - وفى هذه الحدود وحدها - يمكن إعمال نصوص قانون التضمينات ، فتعفى الحاكم العسكرى من مسئولية كان قانون الأحكام العرفية وحده لا يعفيه منها[١].

الفرض الخامس : مخالفة التشريع لمبادىء الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه (نظرية القانون الأعلى) :

قدمنا أن هذا الفرض ينفسح فيه مجال الاجتهاد ، ويكاد المعيار الموضوعى فيه يتاخم المعيار الذاتى . ولذلك نسير هنا بحذار أكبر ، فلا نجزم برأى ، بل نضع أمام القارىء طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للبحث والتمحيص . ونلتزم فى كل ذلك أن يكون بحثنا موضوعياً ، مبتعدين عن كل ما يضفى عليه صبغة ذاتية . ونتلمس أن يكون المعيار فى هذا الفرض الخامس هو أيضاً معيار موضوعى .

ومن أشد فقهاء القانون العام تحمساً فى القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعاً لمبادىء الدستور العليا هو الأستاذ ديجيه . فهو يؤمن اشد الايمان بأن هناك قانوناً أعلى قد وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها ، وأن كل تشريعات الدولة ، حتى التشريعات الدستورية ذاتها ، يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى ، الذى هو من خلق النظام الاجتماعى ، وليس وليد إرادة المشرع[٢].

---

(١) انظر فى هذه المسألة المناقشات التى دارت فى مجلس الشيوخ : مضبطة الجلسة الرابعة عشرة فى ١٧ من ابريل سنة ١٩٥٠ .

(٢) ويقول فى هذا المعنى : « كلما تقدمت بى السن ، وزدت دراسة للقانون وتعميقاً فى هذه الدراسة ، كلما زدت اقتناعاً بأن القانون لم تخلقه الدولة . بل هو شىء خارج عنها ، وبأن فكرة القانون مستقلة كل الاستقلال عن فكرة الدولة ، وبأن القاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة كما تفرض طاعتها على الأفراد » .

ويقول ديجيه فى هذا الصدد : « إذا كانت الدولة ، فى سلطتيها الإدارية والقضائية ، تتقيد بالتشريع الذى صنعته .. فإن الدولة ، فى سلطتها التشريعية ، تتقيد هى ايضاً بقانون أعلى منها »[١]. ثم يتحدث عن المصادر المكتوبة لهذا القانون الأعلى ، فيراها فى مصدرين : « إعلان

=

«Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'Etat, qu'il existe en dehors de l'Etat et que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'Etat et que règie droit s'impose à l'Etat comme elle s'impose aux individus». (Duguit. Droit Coastitutionnel, 2ème éd.1 p. 33).

ويقول فى مكان آخر : « تخضع الدولة لقاعدة قانونية أعلى منها ، لا تملك لها خلقاً ، ولا تستطيع لها خرقاً ... والأمر الجوهرى هو أن ندرك وأن نؤكد ، فى نشاط لا يعتريه الوهن ان هناك قاعدة قانونية تعلو على السلطة العامة ، قاعدة تقيد هذه السلطة بما تفرض عليها من الواجبات . ويجب أن نهب ، بكل ما نملك من قوة وبكل ما تتسع له صدورنا من سخط ، فى وجه هذه النظريات التى تنتسب إلى اكبر أعلام الفلسفة والقانون فى المانيا ، من امثال كانت وهبجيل واهرنج وجيليك ، وهى نظريات تقرر أن الدولة تصنع القانون ، وانها لا تتقيد به ، او انها على الأقل لا تتقيد به إلا فى الحدود التى ترسمها بيدها ... وقد سبق أن كشفت عن خطر هذه النظريات الضارة ، وبينت أنها تؤدى إلى سياسية السلطان المطلق فى الداخل وإلى سياسة الفتح فى الخارج » .

«..l'Etat est subordonné à une régle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer ...... L'essentiel, c'est de comprendre et d'affirmer, avec une indéfectible énergie, qu'il y a une régie de d roit suprieure à la puissance publique, qui vient la limiter et lui imposer des devoirs. Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la juisprudence allemandes, de Kant,de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignet que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui. même ...... j'ai déjà fait justice de ces théories néfasty qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politigue de la conquête à l'extétieur». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p.p. 547-548).

(١) وهذه هى عباراته :

«Sil'Etat, administrateur et jüge, est lié par la loi qu'il a faite ... l'Etat législateur est lui-même lié par un droit supérieur à lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd, III p. 553).

الحقوق » (déclaration des droits) « والنصوص الدستورية الجامدة » (lois constutionnelles rigides) . ففى إعلان الحقوق ـ كما يقول ـ « تنعقد جمعية فى ظروف استثنائية ، وتعلن مبادىء معينة تختارها من بين مبادىء القانون الأعلى ، وتفرضها على الدولة ، لا على السلطة التشريعية العادية فحسب بل أيضاً على السلطة المؤسسة . وكل تشريع ، أيا كان هذا وأيا كانت السلطة التى أصدرته ، لابد أن يكون متفقاً مع هذه المبادىء . فإذا خالف التشريع مبدأ منها كان مخالفاً للقانون ، ولا يكون إذن واجب الطاعة . والنصوص الدستورية الجامدة تأتى مكملة لإعلان الحقوق . . . فإن هذه النصوص الدستورية تقيد السلطة التشريعية العادية ، ولا يجوز لهذه أن تمسها بنسخ أو بتعديل »(١) . ثم يقول إن هذين المصدرين المكتوبين لا يتسعان لجميع المبادىء التى ينطوى عليها القانون الأعلى . فإن هذا القانون فى تطور دائم . ومن المستحيل ، كما يقول « ألا نعترف باحتمال أن تقوم فى كل وقت مبادىء قانونية أعلى من الدولة ، ثم لا تكون هذه المبادىء مكتوبة لا فى إعلان الحقوق ولا فى النصوص الدستورية . وهى بالرغم من أنها غير مكتوبة تلزم الدولة بنفس القوة التى كانت تلزمها بها لو أنها أعلنت على وجه رسمى . ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء . . الذى يملك الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لإعلان الحقوق أو للدستور ، يجب أيضاً أن يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصاً دستورياً مكتوباً ، ولكنه يتعارض حتماً مع مبدأ من مبادىء

---

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى :

« .... une assemblée réunie dans des conditions exceptionnelles formule certains prinoipes de droit supérieur qui s'imposent à l'Etat, non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais même au pouvoir législatif constituant, et toute loi, quelle qu'elle soit, quel que soitl'organe dont elle émane. doit être faite conformément à ces ptincipes. Si elle viole l'un d'eux, elle est contraire au droit ét logiquement aucune obéissance ne lui est due. Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits .... Ces règles s'imposent au législateur ordinaire clles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p. 554).

القانون الاعلى غير المكتوب ، وهو مبدا يحس ضمير الجمهور إحساساً قوياً أنه ملزم للدولة »[١].

يوجد إذن ، فى نظر ديجيه ، قانون يسبق الدولة فى القدم (antérieur àl'etat) ، ويعلو عليها (supérieur à l'etat) ، هو الأصل الذى ترد إليه جميع التشريعات . ويكون التشريع صحيحاً أو باطلاً ، لا لموافقته أو مخالفته لنصوص الدستور فحسب ، بل أيضاً لموافقته أو مخالفته لهذا القانون الأعلى (Droit. Supériur) . ونصوص ذاتها لا تكون صحيحة إلا بقدر ما تتفق مع هذا القانون ، بل إن كثيراً من هذه النصوص ليست إلا تقنيناً له . فما هى خصائص هذا القانون الأعلى ، وكيف نتعرف على مبادئه ؟

يجيب ديجيه بأن أى مبدأ أدبى أو اقتصادى ، حتى يصبح من مبادىء القانون الأعلى ، يجب أن تجتمع له ظاهرتان : شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد أصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى (solidarité sociale) ، ثم شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل (sentiment de la justice)[١] . والعدل شىء نسبى فى نظر ديجيه . فليس يوجد

---

(١) وهذا ما يقوله فى عباراته الأصلية :

«Il est donc impossible ... de ne pas reconnaitre qu'à tout moment peuty avoir des principes du droit supérieur à l'Etat, qui ne sont formulés ni dans les déclaratinos des droits, ni dens les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'Etat aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme consequence, il faut admettre que les juridictions qui ... doivent avoir compètence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non-écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'Etat». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p. 556).

(١) وننقل هنا ، فى الأصل الفرنسى ، ما يقوله ديجيه فى هذا المعنى :

«La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale. la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd I p. 55).

=

شيء عادل في ذاته . وإنما يكون الشيء عادلاً بالنسبة إلى بيئة معينة وإلى زمن معين[١] . ومبادئ القانون الأعلى ملزمة للناس . وتأتى هذه القوة الملزمة من أن الإخلال بهذه المبادئ يرتد أثره في الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال وقاية للتضامن الاجتماعي[٢] . فأقوى ما يكون شعور الجمهور بقيام مبدأ من مبادئ القانون الأعلى هو إذن في الوقت الذي يقع فيه الإخلال بهذا المبدأ . وعند ذلك تنادى الناس بوجوب تسجيله بين المبادئ القانونية المكتوبة ، فيصدر تشريع به يكون في الواقع من الأمر تقريراً لقاعدة موجودة ، لا إنشاء لقاعدة جديدة[٣] .

وينكر ديجيه أن تكون القاعدة العامة القانونية (la règle juridique) ، على النحو الذي يقول به ، هي رجوع إلى فكرة القانون الطبيعي . فالقانون الطبيعي يستند إلى إرادة عليا فوق المجتمع ، وأحكامه مثالية مطلقة ، لا تتغير في جوهرها وإن تغيرت في مظاهرها ، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترب منها ما استطاع . أما القاعدة القانونية التي يقول بها ديجيه فليست وليدة إرادة عليا ، بل هي تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، إذ تقوم على أساس من التضامن الاجتماعي . وليست هذه القاعدة مثالية مطلقة ، بل هي واقعية متطورة . ثم إن المجتمع لا حاجة به للسعى

=

ولما كان ديجيه ينكر أن يكون للأمة شخصية معنوية ، فقد تجنب أن يستعمل لفظ « الجماعة » (collectivité) ، واستعمل عبارة (masse des individus) التي ترجمناها بعبارة « جمهور الناس » .

(١) ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية جزء أول ص ٤٩ - ص ٥٠ .

(٢) ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية جزء أول ص ٦٥ .

(٣) وينتقد هوريو نظرية ديجيه في نشأة القاعدة القانونية ، ويذهب إلى أن القاعدة القانونية تبدأ في صورة إرادة من السلطة العامة ، فإذا أذعنت لها الناس استقرت نهائياً ، وإلا اضطرت السلطة العامة إلى سحبها . فالقاعدة القانونية تشتمل إذن على عنصورين : إرادة السلطة العامة وإذعان الناس . ولكن قوتها الملزمة ترجع إلى العنصر الأول دون الثاني (انظر في رأى هوريو وبخاصة كيف يحلل التشريع إلى عنصريه ، فيجعل تقديم الحكومة لمشروع قانون إلى البرلمان هو عنصر إرادة السلطة العامة ، ويجعل موافقة البرلمان على مشروع القانون بمثابة العنصر الثاني وهو إذعان الناس - وجيزة القانون الدستوري سنة ١٩٢٣ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٧ لاسيما الحاشية رقم ٢ في ص ٢٥٣) .

فى الاقتراب منها ، إذ هى دانية منه أبداً ، بل هى لصيقة به ، فمنه نشأت ، وفيه تعيش(١) .

والقاعدة القانونية فى نظر ديجيه أقدم من التشريع ، وأقدم من الفقه والقضاء ، وأقدم من العرف . وما التشريع ، ولا الفقه والقضاء ، ولا العرف ، إلا وسائل عملية متنوعة ، إذا تباينت فى مقوماتها ، وتفاوتت فى قوتها ، فإنها تتلاقى جميعاً عند وظيفة واحدة ، هى الكشف عن القاعدة القانونية التى نشأت من طبيعة الروابط الإجتماعية ، وقامت على أساس من التضامن الاجتماعى ، وأحس الناس بضرورتها وبعدالتها . وقد يعبر العرف ، أو القضاء ، أو الفقه ، أو التشريع ، عن القاعدة القانونية تعبيراً أميناً دقيقاً فى وقت معين . ثم لا تلبث القاعدة القانونية أن تتطور تبعاً لتطور الروابط الاجتماعية ولضرورات التضامن الاجتماعى ولأنظار الناس فى تقدير ما هو حق وعدل . فيصبح العرف أو القضاء أو الفقه أو التشريع متخلفاً عن غرضه ، غير دقيق فيما يترجم عنه ، ومن ثم يعوزه التصحيح والتعديل . فإذا ما تغير العرف ، أو جرى القضاء على نهج آخر ، أو أعقب الفقه القديم فقه جديد ، ونسخ التشريع تشريع يحل مكانه ، عادت هذه الوسائل مرة أخرى إلى ما كانت عليه من الدقة فى تأدية وظيفتها . إذ أنها تكون قد جارت القاعدة القانونية فى تطورها .

فالتشريع إذن فى رأى ديجيه لايكون صحيحاً إلا بقدر ما يعبر تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية . فإذا لم يعبر عنها ، ولم ينسخه تشريع آخر ، نسخه القضاء ، أوهجره الناس . وقد كانت المسئولية التقصيرية القائمة على خطأ يثبته المضرور هى المسئولية التى قررها القانون المدنى الفرنسى وقت أن وضع فى سنة ١٨٠٤ . ولما تطورت القاعدة القانونية إلى المسئولية التى لا تقوم على خطأ ثابت ، تطور القضاء إلى هذا المعنى ، وتخلف التشريع فنسخه القضاء . بل إن التشريع قد يولد ميتاً لأنه منذ وضعه لا يكون معبراً تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية ، كما وقع فى فرنسا لنظام المعاشات الإجبارية وقد سنه قانون ٥ أبريل سنة ١٩١٠ للمستخدمين فى الصناعة والتجارة والزراعة والمهن الحرة وللخدم ، ولم

---

(١) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء اول ص ٧٢ .

يكن النظام فى ذلك العهد قد انغرس فى نفوس الناس ، ولم تكن طباعهم قد تألفته، فنبذوه ولم ينزلوا عند حكمه، واستبدلوا به النظام التأمين الاختيارى .

ولما كان ديجيه يرى أن القاعدة القانونية تسبق الدولة وتعلو عليها ، فقد كان طبيعياً أن ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان (souveraineté) ، سواء تمثل هذا السلطان فى شخص حاكم مستبد مطلق يزعم لنفسه انه يستمد سلطانه من عند الله (droit divin) ، أو تمثل فى صورة حاكم ديمقراطى شعبى يذهب إلى أنه يستمد سلطانه من سيادة الأمة (souveraineté nationale) . فلا سيادة لحاكم مفرد ، ولا لطبقة ممتازة ، ولا للأمة جمعاء ، وإنما السيادة للقانون ، وفيه وحده يتمثل السلطان . ومن هنا كانت الدولة هى التى تخضع للقانون ، ولا يخضع القانون للدولة . يخضع للقانون كل من الحاكم والمحكوم ، «وليكن الحاكم امبراطوراً أو ملكاً أو قنصلا أو رئيس جمهورية ، ثم ليعلن عن إرادته ، فما هو إلا إنسان ، وليست لإراته فى ذاتها قوة منشئة فى عالم القانون أعلى من القوة التى تكون لإرادة أضعف شخص من رعاياه»[١] .

---

(١) وهذه هى عبارات ديجيه :

«Que ce soit un empereur, un roi, un consul, un président de la république, qui fasse une déclaration de volonté, ce n'est jamais qu'un homme et cette déclaration de volonté n'a pas en soi plus de force créatrice dans le domaine du droit que celle du dernier des sujets». (Duguit, Droit. Const. 2éme éd. I p. 515).

وينكر ديجيه ، تبعاً لذلك ، ان يكون هناك تمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا من ناحية تنظيم دراسة القانون وتبويبها وإلا من ناحية الجزاء الذى يترتب على القاعدة القانونية وكيفية تحقيق هذه القاعدة . ذلك أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إنما يقوم على أساس أن الدولة له شخصية معنوية وأن لها سلطاناً ، ومن ثم تكون علاقات الأفراد بالدولة غير علاقاتهم بعضهم ببعض . ولما كان ديجيه ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان أو أن يكون لها شخصية معنوية ، فهو يرى ألا أساس لهذا التمييز ، وأن التمييز لا يقوم إلا إذا سلمنا أن الدولة هى التى تخلق القانون ، فعند ذلك تكون دراسة القانون الخاص هى دراسة هذا القانون الذى خلقته الدولة ، ودراسة القانون العام هى دراسة القيود التى تضعها الدولة على سلطانها بمحض إرادتها (ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٥٢٥ - ص ٥٢٦) .

والدولة فى نظر ديجيه ليست سلطاناً يأمر فيطاع ، بل هى هيئة قوامة على مجموع من المرافق العامة (fédération de sevices publice) ، بدأت منذ القدم تتمثل فى مرافق ثلاثة ، هى مرفق الدفاع ومرفق البوليس ومرفق القضاء ، ثم كثرت هذه المرافق وتنوعت ، وأصبحت من الكثرة والتنوع بحيث تستغرق أهم ميادين النشاط الاجتماعى والنشاط الاقتصادى ، وهى بالرغم من كثرتها ومن تنوعها تجتمع كلها عند فكرة واحدة هى فكرة التضامن الاجتماعى فى صورتيها ، الصورة السلبية وتنهى عن كل ما يعوق هذا التضامن ، والصورة الايجابية وتأمر بكا ما يوطده ويقويه . فتدير الدولة اليوم ، إلى جانب مرافق الدفاع والبوليس والقضاء ، مرافق أخرى كمرفق التعليم ، ومرفق الصحة العامة ، ومرفق العمل ، ومرفق التموين ، ومرفق الضمان الجماعى ، ومرفق المواصلات ، ومرفق البلدية ، ومرفق الزراعة والصناعة والتجارة والنشاط الاقتصادى بوجه عام . وهكذا تتعدد هذه المرافق وتتشعب ، وتضطرد فى تعددها وتشعبها ، ولكنها تقوم جميعاً على أساس واحد ، هو التضامن الاجتماعى . فالقاعدة القانونية الكبرى هى أن تدبر الدولة ، بما تقتضيه واجبات التضامن الاجتماعى ، هذه المرافق العامة . وكل عمل تأتيه الدولة أو الأفراد لتحقيق هذه المعنى هو عمل مشروع يحميه القانون . وكل عمل يتعارض مع هذا المعنى هو عمل غير مشروع يمنعه القانون قبل أن يقع ، ويرتب عليه الجزاء إذا ما وقع[١] . فالدولة ليست إذن إلا مركزاً لهذه المرافق مجتمعة ، تقوم عليها ، وتكفل بقاءها غير منقطعة . وليس لأحد ، ولو كان الحاكم ، أن يفرض إرادته إذا تعارضت هذه الإرادة مع القواعد القانونية ، ولا طاعة للحاكم فى معصية القانون[٢] . فإذا كانت إرادة السلطة الحاكمة ، ولندعها تتمثل فى تشريع ، واجباً على المحكوم طاعتها ، فليس ذلك لأن هذ الإرادة

---

(١) ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء ٢ ص ٦٤ـ ٦٥ .

(٢) وهذا ما يقوله ديجيه :

«Nul n'a le droit de commander aux autres, ni un empereur, ni un roi ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle; leurs actes ne peuvent s'imposer aux gouvernés que s'ils sont conformes au droit» (Duguit, Droit Const. 2éme éd. I p. 518).

أعلى من إرادة المحكوم، أو لأنها تتمتع بسلطان مزعوم، بل لأن هذه الإرادة مفروض فيها أنها تتفق فى محلها وفى غايتها مع القانون. أما سلطان الدولة فشىء لا وجود له(١).

والذى يستخلص من نظرية ديجيه، فيما نحن بصدده من بحث دستورية القوانين، أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى فى مبادئه التى تقوم على فكرة التضامن الاجتماعى، سواء كانت هذه المبادىء

---

(١) وننقل هنا عبارات ديجيه:

«Quand donc un acte émanant des gouvernants s'impose à l'obéissance des gouvernés, ce n'est point, qu'il émane d'une prétendue volonté supérieure, investie d'un prétendu droit subjectif de commandement mais parce que par bypothése, it est, par son objet et par son but, conforme au droit objectif de la collectivité considérée. De droit de souveraineté il n'y en a pas». (Duguit, Droit Const. 2éme éd. I p.p. 515,516).

ويلخص ديجيه مذهبه فى العبارات الآتية: «فلننبذ إذن، نبذاً نهائياً، هذه النظريات العتيقة فى شأن شخصية الدولة وسلطانها، وهى النظريات التى تولد مشاكل لا حل لها، وتجرإلى مناقشات عقيمة لا تنتهى، ثم هى النظريات التى كانت وستكون دائماً اساساً للحكم المستبد المطلق فى الداخل والسياسة العدوان والفتح فى الخارج. ولنقل: الحكام هم أفراد مثل الآخرين، يخضعون كسائر الأفراد لقواعد القانون القائمة على التضامن الاجتماعى فى داخل الدولة والتضامن الاجتماعى فيما بين الدول. وقواعد القانون هذه تفرض عليهم واجبات يؤدنها. وإنما تكون أعمالهم مشروعة واجبة الطاعة، ليس لأنها تصدر من شخص ذى سلطان مزعوم، بل لأنها - وليس إلا لأنها - تتفق مع قواعد القانون التى تقيد من صدرت منهم هذه الأعمال. هذه هى الفكرة العامة التى ستلهم كل ما سيأتى من البحوث».

«Bannissons donc une fois pour toutes ces conceptions surannées de personnalité de souveraineté de l'Etat, qui donnent naissance à des problèmes insolubles, à des discussions interminables et vaines, qui ont toujours été et seront toujours le principe d'une action tyrannique et dietatoriale à l'intéricur et d'une politique agressive et conquérante à l'extérieur. Disons: Les gouvernants sont des individus comme les autres, soumis comme tous les individus à des règles de droit fondées sur une solidarité sociale et intersociale: ces régles de droit leur imposent des devoirs et leurs serout légitimes et s'imposeront à l'obéissance, non parce qu'ils émanent d'une prétendue personne sourveraine, mais quand et seulement quand ils sont conformes aux règles de droit qui s'imposent à leurs auteurs. Telle est l'idée générale qui inspirera toutes études qui vont suivre. (Duguit, Dr. Const. 2 ème éd p.p. 564-565.

مكتوبة أو غير مكتوبة، يكون تشريعاً غير دستورى، ومن ثم يكون تشريعاً باطلاً. وقد سبق لديجيه أن قرر هذا المعنى، ويقرره الآن فى كثير من الوضوح إذ يقول: «سأصف فى إيجاز كل تشريع يتعارض مع مبدأ من مبادىء القانون، سواء كان هذا المبدأ مدوناً فى قانون أرقى من التشريع العادى كوثيقة إعلان الحقوق والدستور الجامد أو كان غير مدون، بأنه تشريع غير دستورى. وجماع القول أننى أعنى بالتشريع غير الدستورى أن يكون مرادفاً للتشريع الذى يتعارض مع القانون الأعلى، مكتوباً كان هذا القانون أو غير مكتوب»[1].

---

(١) وهذا هو نص ما يقوله ديجيه فى أصله الفرنسى:

«... je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, insert ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide. En un mot je prends l'expression: loi inconstitutionnelle, comme synonyme de loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 660).

ثم يقول، فى مكان آخر، لتبرير هذه القاعدة: «لا شك فى أن المنطق يقضى بأنه إذا تعارض قانون أدنى مع قانون أعلى، فالقانون الأعلى هو الذى يجب على المحاكم تطبيقه، ومن ثم تمتنع هذه المحاكم عن تطبيق القانون الأدنى، فإذا قام تعارض بين التشريع العادى من جهة وبين نصوص الدستور أو نصوص إعلان الحقوق من جهة أخرى، فلا تستطيع المحكمة أن تطبق التشريع العادى. كذلك إذا قام تعارض بين نص فى الدستور ونص فى وثيقة إعلان الحقوق، وجب على المحكمة أن تطبق النص الثانى وأن تمتنع عن تطبيق النص الأول».

«... il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refusent par là même d'appliquer la loi inférieure. S'il y a contradiction entre la loi ordinaire d'une part et la loi constitutionnelle ou la déclaration des droits d'autre part, le tribunal ne peut pas appliquer la loi ordinaire. De méme. s'il y a contradiction entre la loi constitutionnelle et une disposition de la déclaration des droits, le tribunal devra appliquer celle ci et refuser d'appliquer celle - là». (Duguit, Dr. Const. 2èmer. éd. III p. 668).

ويذهب هوريو إلى هذا الرأى فى تعليقاته على أحكام لمجلس الدولة الفرنسى قضت بمشروعية القرارات الصادرة بفصل عمال البريد بسبب إضرابهم، دون أن يطبق مجلس الدولة المادة ٦٥ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٠٥. واعتبر هوريو أن هذا القانون، وهو قانون يعترف بمشروعية إضراب الموظفين، غير دستورى لأنه يخل بمبدأ جوهرى، ومن ثم لا يجوز للمحاكم أن تطبقه. ويقول فى هذا الصدد إن التشريع =

ويؤخذ من هذا كله أن القانون المكتوب فى نظر ديجيه ليس هو كل القانون ، وأن هناك مبادىء عليا غير مكتوبة تسمو فى مرتبتها على كل قانون مكتوب . فإذا خالف التشريع هذه المبادىء كان تشريعاً باطلاً .

= يكون غير دستورى ، ليس فحسب إذ خرق نصاً صريحاً فى الدستور ، بل أيضاً إذا أخل بمبدأ جوهرى تقوم عليه حياة الدولة ذاتها . وفى الولايات المتحدة الأمريكية تقضى المحكمة العليا بعدم دستورية القوانين ، ليس فحسب إذا كانت تتعارض مع نص مكتوب فى الدستور ، بل أيضاً إذا كانت تتعارض مع المبادىء العامة الجوهرية التى تقوم عليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد . وتصل المحكمة العليا فى هذا الطريق إلى حد أن تقضى فى صحة أو بطلان التعديلات التى يراد إدخالها على الدستور ذاته ، وفقاً لما إذا كانت هذه التعديلات تتفق أو تتعارض مع هذه المبادىء العامة الجوهرية .

هذا ويذهب ديجيه فى تقرير الحق فى مقاومة التشريع غير الدستورى إلى مدى بعيد . فيقول إن من حق كل إنسان أن يقاوم تطبيق تشريع يتعارض مع المبادىء القانونية العليا بكل انواع المقاومة : (١) بالمقاومة السلبية (résistance passive) أولا ، وذلك بألا ينفذ حداً مختاراً أحكام هذا التشريع . (٢) وبالمقارنة الدفاعية (résistance defensive) ثانياً ، وذلك بأن يقاوم ، بالقوة عند الضرورة ، تنفيذ أحكام التشريع الباطل ، ولا عليه أن يتهم بجريمة التمرد (rébellion) ، فإنه يستطيع دفع هذه التهمة بأنه لم يقاوم تشريعاً صحيحاً ، بل قاوم تشريعاً باطلاً ينطوى على إخلال بمبادىء القانون . (٣) وبالمقاومة الهجومية (résistance agressive) أخيراً ، وذلك بأن يعمد إلى الثورة (insurrection) فى وجه هذا التشريع . وهنا يتردد ديجيه فى تقرير مشروعية الثورة فى وجه التشريع الباطل . وينتهى إلى القول بأن هذه الثورة مشروعة من الناحية النظرية . أما من الناحية العملية ، فإن أمر مشروعيتها لا يعرض على المحاكم إلا إذا أخفقت ، وعند ذلك لا تتردد المحاكم فى اعتبارها غير مشروعة (ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية الجزء الثالث ص ٧٤٥ - ٧٥٠) .

ويستطيع ديجيه ، بعد ان قرر من الناحية النظرية مشروعية الثورة فى وجه تشريع باطل ، أن يرد ما يقرره فى هذا الشأن إلى أصول مذهبه . فهو يرى ان القوة الملزمة لمبادىء القانون الأعلى تأتى من ان الإخلال بهذه المبادىء يرتد أثره فى الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذه لإخلال . وظاهر ان خطوة اخرى فى هذا الطريق تؤدى به إلى أن يقول : إذا صدر تشريع باطل يخل بمبادىء القانون الأعلى الملزمة ، وأحس الجمهور ان العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال ، ولم تتدخل هذه السلطة ، فإن الجمهور يستفزه هذه الإخلال شيئاً فشيئاً كلما تزايدت جسامته ، حتى إذا أصبح لا يستطيع عليه صبراً ، تدخل هو بدلاً من السلطة العامة وحل محلها فى قمعه ، وهذه هى الثورة .

ومهما يكن من أمر هذه النظرية الجليلة التى يقول بها ديجيه ، فنحن لا نذهب معه إلى هذا المدى ، خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب إذا نحن عمدنا فى استخلاص المبادىء القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب ، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادىء غير المستقرة . لذلك كان لا بد لنا من أن نقتصر فى إستخلاص المبادىء القانونية العليا على القانون المكتوب ، أى على نصوص الدستور . وقد فعلنا ذلك تجنباً للنقاش والجدل ، وتوخياً للموضوعية التى التزمناها ، وإبعاداً للبحث عن ميدان النظر الفلسفى لجعله بحثاً واقعياً صالحاً للتطبيق العملى . ونكتفى إذن بتقرير أن هناك مبادىء عليا تسود الدستور المصرى وتهيمن على جميع أحكامه ، وهذه المبادىء العليا التى هى روح الدستور تستخلص إستخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة . وهذا الإستخلاص الموضوعى المحض هو من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن أن يكون محلاً للجدل . ومتى استخلصنا هذه المبادىء العليا للدستور المصرى - ولا شأن لنا هنا بمبادىء عليا مجردة ولا بقانون أعلى على النحو الذى ذهب إليه ديجيه - كان على المشرع المصرى أن يلتزمها فى تشريعاته ، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية . فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادىء العليا ، كان التشريع باطلا لما ينطوى عليه من إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . هذا هو المبدأ الذى نقرره ، وهو كما نراه مبدأ موضوعى واقعى ، لا يعتوره التقلقل الذى يصحب المعيار الذاتى ، ولا يكتنفه الجدل الذى يحيط بالنظر الفلسفى . وعلينا الآن أن نطبقه .

ونبدأ بأن نستخلص استخلاصاً موضوعياً المبادىء العليا للدستور المصرى . وقد سبق أن اخترنا بعض هذه المبادىء فى الفروض الأربعة الأولى ، فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاتها ، ثم إلى الغرض المخصص الذى رسم للتشريع ، ثم إلى الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية ، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام . وقد جعلنا الصدارة لهذه المبادىء الأربعة لأنها فى نظرنا قد تبلورت تبلوراً موضوعياً كافياً جعلها جديرة بمنزلة خاصة تفرد فيها بالذكر . والآن نلقى نظرة شاملة على الدستور المصرى لنستخلص بوجه عام مبادئه العليا ، تلك التى سبق

أن قررناها وهذه التى سنقررها فيما يلى ، حتى يستقيم لنا فيها نظر جامع .

دستورنا المصرى ، وهو كما تقول ديباجته «كأحدث الأنظمة الدستورية فى العالم وأرقاها ، تعيش (الأمة) فى ظله عيشاً سعيداً مرضياً ، وتتمكن به من السير فى طريق الحياة الحرة المطلقة ، ويكفل لها الاشتراك العملى فى إدارة شؤون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها» ، يعنى كأى نظام دستورى راق بالفرد وبالجماعة .

يعنى بالفرد : ومن ثم أفرد باباً هاماً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم ، وهو فى كل النصوص التى اشتمل عليها هذا الباب إنما يخاطب المشرع نفسه ، ويوجب عليه حماية الحريات والحقوق العامة فى تشريعاته . فيقرر مبدأ المساواة بين المصريين . ثم يقرر مبدأ الحرية الشخصية ، بما يستلزمه هذا المبدأ من تحريم ضروب الاعتداء على حرية الفرد ، من قبض أو حبس أو توقيع عقوبة أو إبعاد أو تقييد لمظاهر الحرية الشخصية ، وما يستتبعه من حرمة المسكن واحترام السرية فى المراسلات . ثم يقرر مبدأ حرية الراى ، بما يستتبعه هذا المبدأ من حرية العقيدة وحماية الشعائر الدينية وحرية الصحافة وحرية الاجتماع وحق تكوين الجمعيات . ثم يقرر حرمة الملكية ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وبشرط التعويض العادل ، ولا تجوز المصادرة العامة للأموال .

ويعنى الدستور المصرى بالجماعة ، أى بالدولة المصرية أمة وحكومة . فيقرر فى مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة ، وهى حرة مستقلة ، ملكها لا يجزأ لا ينزل عن شىء منه ، وحكومتها ملكية وراثية ، وشكلها نيابى . ثم يقرر أن جميع السلطات مصدرها الأمة . ويميز بعد ذلك بين السلطات الثلاث ، التشريعية والتنفيذية والقضائية . فيقرر استقلال السلطة القضائية . ويبين الارتباط ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فهما سلطتان متميزتان متعاونتان ، كل منهما رقيبة على الأخرى . تراقب السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بما لها من حق السؤال والاستجواب والتحقيق والاتهام وتقرير عدم الثقة . ويتمتع أعضاء هذه السلطة بالحصانة البرلمانية . ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تعرقل ما للسلطة التشريعية من حق التشريع إلا فى حدود معينة رسمها الدستور ، وتتلخص

فى حق الاعتراض (droit de veto) ولا يترتب عليه إلا تأخير التشريع أو استلزام أغلبية خاصة لتقريره إذا أريد به ألا يتأخر . وتعاون السلطة التنفيذية السلطة التشريعية وتراقبها بما أعطى الدستور للسلطة التنفيذية من حق اقتراح القوانين ، ووضع اللوائح التنفيذية ولوائح البوليس ، ومن حق ترتيب المصالح العامة ، وإصدار مراسيم الضرورة ، ومن حق تأجيل إنعقاد البرلمان ، ومن حق حل مجلس النواب . فإذا صدر مرسوم بحل مجلس النواب ، وجب إجراء إنتخابات جديدة فى ميعاد لا يجاوز شهرين وتحديد ميعاد لاجتماع المجلس الجديد فى العشرة الأيام التالية لتمام الانتخاب ، كل هذا حتى لا تتعطل رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية مدة طويلة . هذا هو مدى الارتباط والتعاون والرقابة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية . فإذا ما قامت ظروف إستثنائية تستدعى إعلان الأحكام العرفية ، فهنا ترجح كفة السلطة التنفيذية ، وتجمع فى يدها فى نواح معينة ما بين السلطات الثلاث . ولكن الدستور مع ذلك جعل للسلطة التشريعية رقابة على السلطة التنفيذية فى إستعمالها لهذه السلطات . فأوجب أن يصدر تشريع ينظم الأحكام العرفية مقدماً ، ويبين بوجه خاص السلطات الاستثنائية التى تعطى للقائم على إجراء هذه الأحكام . وقيد هذا التشريع بألا يعطل من إنعقاد البرلمان حتى يبقى هذا رقيباً على السلطة التنفيذية وهى تباشر سلطاتها الاستثنائية بما يبقى له من حق السؤال والاستجواب وتقرير عدم الثقة . وأوجب أن يعرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها .

هذه هى بعض المبادىء العليا التى يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً من نصوص الدستور وأحكامه . وقد لخصها الدستور ذاته فى عبارة شاملة ليجعلها مبادىء ثابتة مستقرة لا يجوز أن يرد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو إضافة . فنصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن « للملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو إضافة أحكام أخرى ، ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى ، وبنظام وراثة العرش ، وبمبادىء الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور ، لا يمكن اقتراح تنقيحها » . فإذا صدر تشريع ، عن سلطة تقديرية ، يتعارض مع هذه

المبادىء العليا ، حتى لو لم يتعارض مع نص خاص من نصوص الدستور ، فقد قدمنا أن هذا التشريع يكون باطلا لانطوائه على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وقد سبق أن أوردنا بعض التطبيقات لتشريعات تتعارض مع مبادىء الحرية والمساواة ، فلا نعود إليها . ويبقى أن نورد تطبيقات للتشريعات التى تتعارض مع المبادىء العليا المتعلقة باستقلال السلطة القضائية وبالصلات القائمة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية وفى الظروف الاستثنائية التى تعلن فيها الأحكام العرفية . ونختار من هذه المبادىء أربعة :

المبدأ الأول : يتعلق باستقلال السلطة القضائية . وقد نص الدستور فى هذا الصدد فى المادة ١٢٤ على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، وليس لأية سلطة فى الحكومة التدخل فى القضايا » . ومن هذا النص يستخلص مبدأ عام جوهرى من المبادىء العليا للدستور ، هو مبدأ استقلال السلطة القضائية عن كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية . بل إن السلطة القضائية هى الرقيبة على كل من هاتين االسلطتين ، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بإلغائها وبالتعويض عنها ، وبما لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية إذا هى خالفت الدستور فتقضى بعدم دستوريتها على النحو الذى نبسطه فى هذا البحث . فالسلطة القضائية إذن ، وهذه مسئولياتها ، يجب أن تتمتع باستقلال كامل ، ولا يجوز لأية سلطة من السلطتين الأخريين التحيف عليها أو الانتقاص من استقلالها ، وإلا عجزت عن القيام بوظيفتها ، وتعطل حكم الدستور . فإذا صدر تشريع يبسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . ويتوقف الأمر فى ذلك على مدى الإشراف الذى يتقرر . فإن كان مجرد تنظيم لأعمال القضاء الإدارية بما لا يمس استقلاله ، كان التشريع صحيحاً . ولكن ينبغى فى هذه الحالة تجنب لفظ « الإشراف » ، فإن هذا اللفظ يشعر بمعنى السيطرة والهيمنة ، ولا يجوز لأية سلطة أن تسيطر أو تهيمن على السلطة القضائية لما قدمناه . أما إذا كان الإشراف ينطوى على سيطرة حقيقة ، كان فى هذا انتقاص لاستقلال القضاء ، وكان التشريع باطلاً . والبطلان هنا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريحاً من نصوص

الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة ، بل لأنه يتعارض مع المبادىء العليا للدستور فى أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية . فالعيب الذى يلحق التشريع فى هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور بل عيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية .

ومبدأ ثان من المبادىء العليا للدستور هو مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد رأينا أن الدستور ينص فى المادة ١٠٩ على انه « لا يجوز مؤاخذة أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء فى المجلسين » ، وينص فى المادة ١١٠ على أنه « لا يجوز أثناء دور الانعقاد إتخاذ إجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية » . ومن هذين النصين يستخلص مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد قدمنا أن التشريع الذى يخالف أحد النصين ، فيجيز مثلا فى أثناء دور الانعقاد وفى غير حالة التلبس القبض على عضو البرلمان بغير إذن المجلس المختص ، يكون تشريعاً باطلاً ، لا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، بل لمخالفته للدستور . ولكن التشريع قد لا يكون صريحاً إلى هذا الحد فى مخالفته للدستور ، فلا يقرّر جواز القبض على عضو البرلمان بغير إذن ، ولكن يحرم على أعضاء البرلمان إعتناق مذهب معين أو القول برأى معين ، تحكماً من أغلبية أعضاء البرلمان فى أقليتهم . ففى هذه الحالة يكون التشريع باطلاً ، لا لمخالفته للدستور ، بل لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . ولما كان إعلان الأحكام العرفية قد يقضى على الحصانة البرلمانية ، فيجوز ، إذا ما وسعت سلطات الحاكم العسكرى ، القبض على عضو البرلمان من غير إذن ، وجب ألا تتخذ هذه السلطة الاستثنائية ذريعة لتعطيل انعقاد البرلمان ، فلا يصح لتشريع عرفى أن يجيز القبض على الأغلبية من أعضاء أحد المجلسين حتى لا يتعطل انعقاد هذا المجلس .

ومبدأ ثالث من المبادىء العليا للدستور هو مبدأ الفصل ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وقد حدد الدستور لكل سلطة منهما نطاقاً لا يصح لها أن تجاوزه . فأباح للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعاً بفرض رسوم ، وأن تدع للسلطة التنفيذية إصدار لائحة لتحديد مقدار هذه الرسوم

وتنظيم طريقة دفعها ، فإن المادة ١٣٤ من الدستور لم تشترط أن يصدر الرسم بقانون واكتفت بأن تكون تأديته في حدود القانون . ولكن هذه المادة ذاتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها . فإذا أصدر البرلمان تشريعاً يكل فيه إلى السلطة التنفيذية أن تحدد بلائحة مقدار رسوم فرضها هذا التشريع ، وكانت الرسوم إنما تخفى ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف أنها رسوم ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، وكانت اللائحة باطلة كذلك لصدورها من جهة غير مختصة .

ومبدأ رابع من المبادىء العليا للدستور هو وجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وان يكون هذا التقييد مقرراً فى تشريع سابق . فإطلاق السلطة للحاكم العسكرى يتعارض مع هذا المبدأ الجوهرى . ومن ثم إذا تضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يوسع فى سلطات الحاكم العسكرى توسيعاً يجعل منه حاكماً مطلقاً لا حد لسلطانه ، كان هذا النص باطلاً لتعارضه مع المبادىء العليا للدستور ولانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . مثل ذلك أن يتضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية عن الأعمال التى يأمر بها أو يتولاها ، فلا يجيز سماع الدعوى إذا كان الغرض منها الطعن فى هذه الأعمال . ذلك أن هذا النص يكون من شأنه أن يبيح للحاكم العسكرى مجاوزة سلطاته الاستثنائية دون أن تترتب مسئولية فى ذمته ، فتصبح سلطاته مطلقة لاحد لها ، وهذا يتعارض مع المبادىء العليا للدستور . وقد رأينا أن قوانين التضمينات تكون هى أيضاً باطلة إذا فسرت على أنها تعفى الحاكم العسكرى من المسئولية عن الأعمال التى جاوز فيها حدود سلطاته . ونرى من ذلك أن النص الذى يعفى الحاكم من المسئولية عن تجاوز سلطاته هو نص باطل ، سواء أعفاه بعد وقوع الأعمال التى استوجبت المسئولية فى صورة قانون من قوانين التضمينات ، أو أعفاه مقدماً قبل وقوع هذه الأعمال فى صورة نص عام يندرج فى قانون الأحكام العرفية . ففى الحالتين يكون النص متعارضاً مع المبادىء العليا للدستور ، ومنطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[1] .

---

(١) وقد صدر اخيراً مرسوم بقانون (رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢) يضيف إلى قانون

هذه بعض تطبيقات لتشريعات متعارضة مع المبادىء العليا للدستور. ونجتزىء بهذا القدر، فهو كاف لإثبات أن التشريع قد لا يكون

= الأحكام العرفية مادة جديدة بعد المادة ١٠ برقم ١٠ مكرر نصها كالآتى: «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على الأحكام العرفية أو مندوبوها، وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شىء مما ذكر أو بسحبه أو تعديله أو بوقف تنفيذه أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى».

وفى رأينا أن قانون الأحكام العرفية لا يجوز تعديله عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين فى المادة ٤١ من الدستور، لأن الأحكام العرفية لا يجوز تنظيمها إلا بقانون يقرره البرلمان وفقاً للمادة ١٥٥ من الدستور، وأسوة بتنظيم الحقوق والحريات العامة. ويصدق هذا بنوع خاص إذا كان التعديل يشتمل على أحكام تخالف الدستور وهذا هو شأن التعديل الذى نحن بصدده إذ أن المادة ٤١ من الدستور تشترط صراحة ألا يكون المرسوم بقانون مخالفاً للدستور. فإذا أضفنا أن هذا التعديل لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة، كان لنا أن نقول إنه باطل من ناحية الموضوع ومن ناحية الشكل. وقد صدر فعلاً، بعد كتابة هذا المقال، مرسوم بقانون بالغائه.

على أنه حتى لو كان التعديل قد أدخل فى قانون الأحكام العرفية عن طريق قانون قرره البرلمان، لكان مع ذلك باطلاً أيضاً. فهو لا يعدو أن يكون قانون تضمينات سبق الأعمال التى تتحقق بها مسئولية الحاكم العسكرى، فحكمه هو عين حكم قانون التضمينات اللاحق لهذه الأعمال. وقد رأينا أن قانون التضمينات لا يعفى من المسئولية عن مجاوزة الحاكم العسكرى لحدود اختصاصه ولا عن انحراف فى استعمال سلطته عن عمد أو عن خطأ جسيم. أما الإعفاء من المسئولية عن الخطأ غير الجسيم فليس من شأنه كما قدمنا أن يقلب العمل الباطل صحيحاً، بل يبقى العمل باطلاً يبقى العمل واجباً إلغاؤه وواجباً وقف تنفيذه، وتسمع الدعوى فى كل من هذين الطلبين، ولكن لا تسمع فى التعويض عن الضرر الذى نجم عن هذا العمل. ولا صحة فى نظرنا لما ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون من أنه لا يعدو أن يكون استظهاراً لنية الشارع، وأن الإعفاء من المسئولية وقت قيام الأحكام العرفية لا يحتاج إلى نص وإنما يخلص من طبائع الأمور ذاتها ومقتضيات إعلان الأحكام العرفية. إذ لو كان هذا صحيحاً لما كانت هناك حاجة إلى قانون تضمينات يلحق أعمال الحاكم العسكرى =

مخالفاً لنص معين من نصوص الدستور ، ولكنه يتعارض مع مبادئ الدستور العليا ، فيكون باطلاً ، ويرجع البطلان لا إلى مخالفة الدستور . بل إلى الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

اهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

وقد يقال لم هذا الحرص على التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، مع أن حكمهما واحد وهو بطلان التشريع ؟ وما الذى يمنع من المزج بين الحالتين ، واعتبار التشريع فى كل منهما مخالفاً للدستور ؟

لا نتردد فى الإجابة على ذلك بأن التمييز بين الحالتين واجب ، وهو تمييز تقتضيه الدقة العلمية وتتطلبه الاعتبارات العملية .

فأما من الناحية العلمية ، فمن الواضح أن هذا التمييز يجلى كثيراً من الغموض الذى يحيط بموضوع دستورية القوانين . فليس من الدقة العلمية أن نخلط ما بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، كما لا يجوز الخلط فى القرار الإدارى بين مخالفته للقانون وانطوائه على تعسف فى إستعمال السلطة . وهذا التمييز فى شأن التشريع ،

= ليعفى من المسئولية عنها . ولو كانت هذه الأعمال معفاه من المسئولية ، فإن زوال الأحكام العرفية ليس من شأنه أن يغير من هذا الوصف القانونى ، ولبقى الإعفاء من المسئولية قائماً ، دون حاجة إلى قانون تضمينات ، بعد زوال هذه الأحكام (انظر محكمة القضاء الإدارى فى دوائرها المجتمعة فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٢ القضية رقم ١٠٢٦ السنة السادسة القضائية) .

وعندنا أن الإعفاء من المسئولية عن طريق التشريع يغلب أن ينطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . على أننا نميز فى هذا الصدد بين فرضين : (١) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فى مسئولية قررتها أحكام القانون ، سواء صدر النص قبل تحقق المسئولية أو بعد تحققها . ففى هذا النص إخلال بمسئولية مقررة ، على التفصيل الذى قدمناه فى قوانين التضمينات ، فيكون النص منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (٢) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فيما لم تتقرر فيه اية مسئولية . وهذا جائز ، لأنه لا يخل بمسئولية مقررة ، بل هو يقرر احكاماً موضوعية عن طريق منع سماع الدعوى فيما يخالف هذه الأحكام . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كالتمييز المقابل له فى شأن القرار الإدارى ، يقوم على أساس التفرقة ما بين السلطة المحددة والسلطة التقديرية .

وأما من الناحية العملية ، فنحن إذا ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، أفسحنا الطريق لفكرة الانحراف ، وقد أصبحت فكرة مستقلة ، لتنمو وليضطرد نموها . وما دام الانحراف قد وضع له معيار مستقل ، فإن ذلك من شأنه أن يضبط من تطبيقاته وأن يعدد منها ، فلا تختلط حالات التشريع غير الدستورى بعضها ببعض . وكثير من حالات الانحراف عندما تختلط بحالات مخالفة الدستوريبنبهم فيها الأمر ويشتد اللبس . إذ يغلب أن يتحسس الباحث ، وهو يواجه تشريعاً مشكوكاً فى دستوريته ، أى نص معين من نصوص الدستور يكون هذا التشريع قد خالفه . فإذا لم يجد هذا النص ، تهيب أن يقول إن التشريع غير دستورى . أما إذا أسعفته نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، وهى لا تتطلب الإخلال بنص معين فى الدستور ويكفى فيها أن يتعارض التشريع مع مبادىء الدستور العليا ، زال التردد ، ووقع الاطمئنان ، واستطاع الباحث أن يسير قدماً فى هذا الطريق الجديد ، بعد أن عبدت مسالكه ووطئت أكنافه . والمعروف أن الفكرة ما دامت تختلط بفكرة أخرى تظل فكرة مبهمة غامضة . فإذا ما ميزت عن غيرها مما يلتبس بها ومحصت ، إنفسح أمامها الطريق ، وأخذت سبيلها طليقة قوية . والفرق كبير بين أن نسير فى نظرية دستورية القوانين دون تقسيمات وضوابط ، وبين أن نسير فيها وقد ميزنا تقسيماتها وحددنا معاييرها ، ورسمنا اتجاهاتها . وهذا ما وقع فى شأن القرار الإدارى الباطل ، فقد تقدمت نظرية البطلان فيه تقدماً كبيراً عندما قسمت العيوب التى تسبب البطلان ، وقام التمييز فيما بينها . وهذا ما ينتظر أن يقع كذلك فى شأن التشريع غير الدستورى .

وقد يكون مهما من الناحية العملية أيضاً ، بعد أن ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، أن نجعل الانحراف طريق طعن احتياطى (subsidiaire) فى التشريع ، شأنه فى ذلك شأن التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية .

وما دمنا قد ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف ، فنحن نختم هذا البحث بكلمة موجزة فى إثبات الانحراف وفيما يترتب عليه من البطلان ، على غرار ما يقال فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية وفى البطلان الذى يترتب على هذا التعسف .

(٣)

إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية والجزاء الذى يترتب على هذا الانحراف :

إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

إثبات مخالفة التشريع للدستور أمر ميسور . فما علينا إلا أن ندل على نص معين فى الدستور ، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة ، ويكون التشريع قد خالفه ، حتى نثبت عدم دستورية التشريع بمخالفته لهذا النص . وهذا هو أيضاً ما نفعله فى شأن القرار الإدارى المخالف للقانون ، إذ أن إثبات هذه المخالفة يقتضى العثور على قاعدة قانونية يكون القرار قد خالفها ، وتكون هذه القاعدة قد جعلت للإدارة سلطة محددة . ولا توجد صعوبة في الحالتين إلا ما يقتضيه التفسير من جهد فى توضيح نص دستورى مبهم أو إستجلاء نص قانونى غامض .

أما إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية فأمر دقيق ، وقد يزيد فى دقته على إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية . إذ علينا بعد أن نستخلص مبدأ من المبادىء العليا للدستور ، أن نثبت أن المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية ، قد إنحرف عن هذا المبدأ .

والإثبات بطريق الدليل الداخلى (preuve intrinsèque) هو الوسيلة المأمونة ، كما هو الأمر فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية . وهنا تتبين لنا أهمية الأسباب التى يبنى عليها التشريع ، فهى الدليل الداخلى الأول الذى يمكن الحصول عليه فى غير مشقة . وأسباب التشريع تختلف عن أسباب القرار الإدارى فى أن الأولى تتمحض طريقة لإثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . أما أسباب القرار الإدارى فتختلط تارة بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف فى إستعمال السلطة الإدارية على الوجه الذى بيناه فيما تقدم .

وأسباب التشريع تكشف عادة عن الغاية التى قصد المشرع إلى تحقيقها . فمتى استقصيت هذه الغاية وتحددت على وجه لا يقبل الشك ، أمكن أن نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادىء الدستور ، فيكون التشريع سليماً ، أو أن المشرع قد انحرف عن هذه المبادىء ، فيكون التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

وأسباب التشريع نلتمسها فى نصوص التشريع ذاته عندما نمحصها نصاً نصاً لنتبين من خلال هذه النصوص ، وفى تضاعيف العبارات والأساليب ، الغاية من التشريع .

ونلتمسها على وجه أيسر وأوضح فى ديباجة التشريع إذا كان للتشريع ديباجة ، ففيها يذكر المشرع الأسباب التى حملته على إصدار التشريع والغاية التى يهدف إلى تحقيقها .

فإذا أعوزتنا الأسباب فى نصوص التشريع وفى ديباجته ، تلمسناها فى الأعمال التحضيرية . نبحث عنها أولاً فى المذكرة الاضاحية التى تقترن عادة بمشروع القانون الذى يقدم إلى السلطة التشريعية . ونبحث عنها بعد ذلك فى التقارير التى تقدمها اللجان البرلمانية ، وفى مناقشات الأعضاء فى المجلسين ، وفى البيانات التى تلقيها الحكومة فى شأن التشريع المقترح .

ويبقى بعد ذلك أن نتساءل ، بعد أن ظهرت لنا الغاية من التشريع عن هذا الطريق الداخلى ، هل يجوز لنا أن نتشكك فيما ظهر إذا تجمعت لنا من القرائن الخارجية ما يعارض الأسباب المذكورة ،فنذهب إلى أن المشرع قد أخفى غايته وذكر للتشريع أسباباً غير صحيحة ، وأن الأسباب الصحيحة والغاية الحقيقية التى توخاها تدل عليها القرائن الخارجية أكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية ؟ هنا يكون الإثبات قد وقع بطريق خارجى (preuve extrinsèque) ، هو طريق القرائن . وإذا كان الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية ، فأولى ألا نسلم به فى إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، وبخاصة بعد أن التزمنا فى هذا النوع من الانحراف المعايير الموضوعية ، وهذه إنما تتوافق مع طرق الإثبات الداخلية .

الجزاء الذى يترتب على الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعيــة :

الجزاء واحد فى التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، فكلا التشريعين باطل . وهذا هو أيضاً شأن القرار الإدارى ، فهو باطل إذا خالف القانون أو إنطوى على تعسف .

ولكن التشريع غير الدستورى يختلف عن القرار الإدارى الباطل ، إذا رفعت دعوى الإلغاء بطريق مباشر أمام القضاء الإدارى . ففى القرار الإدارى الباطل ، سواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً ، تكون محكمة القضاء الإدارى مختصة ، وتقضى بالإلغاء . أما فى التشريع غير الدستورى فالمحكمة غير مختصة ، ولا توجد هيئة أخرى تختص بذلك ، ولا يمكن أن توجد هذه الهيئة إلا إذا وجد نص فى الدستور ينشىء محكمة عليا تكون مختصة بالنظر فى دستورية القوانين .

أما إذا كان الطعن بطريق غير مباشر ، فى صورة الدفع بالبطلان ، فهنا تتجلى رقابة القضاء على دستورية التشريع . ذلك أن الخصم إذا إستند إلى تشريع يطلب تطبيقه ، ودفع خصمه ببطلان هذا التشريع لأنه غير دستورى ، فالمحكمة ، وإن كانت لا تملك أن تحكم ببطلان التشريع ، يجب عليها إذا تثبتت من عدم دستوريته أن تستبعد تطبيقه . ويرجع ذلك إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) : أن من الأصول المقررة أن تلتزم المحكمة فى تطبيقها للتشريعات المتفاوتة فى القوة تطبيق التشريع الأعلى عند تعارضه مع تشريع أدنى منه . فتطبق المحكمة الدستور أولا ، ثم القانون ، ثم القرارات الإدارية التنظيمية بحسب تدرجها ، فتبدأ بالمرسوم ، ثم بقرار مجلس الوزراء ، ثم بالقرار الوزارى ، ثم بما هو أدنى من ذلك . فإذا تعارض قرار وزارى مع قرار لمجلس الوزراء ، وجب على المحكمة أن تستبعد القرار الوزارى وأن تطبق قرار مجلس الوزراء . وإذا تعارض قرار لمجلس الوزراء مع مرسوم ، وجب على المحكمة إستبعاد قرار مجلس الوزراء وتطبيق المرسوم . وإذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب إستبعاد المرسوم وتطبيق القانون . وتنتهى إلى تعارض القانون مع الدستور ، وهو

محل بحثنا ، ويجب هنا أيضاً على المحكمة أن تستبعد القانون وأن تطبق الدستور .

(والسبب الثانى) : هو مبدأ فصل السلطات وردها جميعاً إلى الدستور ، فلا يجوز أن تعتدى سلطة على أخرى . فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستورى ، لم تستطع أن تجبر السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور ، وإلا كان فى هذا إعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية ، وكلتاهما مستقلة عن الأخرى ، وكلتاهما خاضعة للدستور .

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان :

(النتيجة الأولى) : أن الدستور وحده هو الذى يملك أمر تحديد رقابة القضاء لدستورية القوانين . فله أن ينص صراحة على منع هذه الرقابة ، فلا يجوز للقضاء أن يبطل تشريعاً غير دستورى أو أن يمتنع عن تطبيقه . وللدستور أن ينص صراحة على إباحة هذه الرقابة ، فيكون للقضاء فى دعوى إلغاء أصلية أن يبطل التشريع غير الدستورى ، وفى دفع بعدم الدستورية أن يمتنع عن تطبيقه . وإذا سكت الدستور فلم ينص على منع الرقابة ولم ينص على إباحتها ، لم يكن للقضاء أن يبطل التشريع غير الدستورى فى دعوى إلغاء أصلية ، ولكن يجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه عند الدفع بعدم دستوريته .

(والنتيجة الثانية) : تتفرع عن النتيجة الأولى . فما دام الدستور وحده هو الذى يملك منع القضاء عن النظر فى دستورية التشريع ، كان من البديهى أن المشرع العادى لا يملك ذلك . ومن ثم يكون التشريع الذى يحرم على القضاء النظر فى دستورية القوانين تشريعاً باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

ويخلص من كل ذلك أنه ما دام دستورنا المصرى لا يشتمل على نص ينشيء محكمة عليا للنظر فى دستورية القوانين ، وهو فى الوقت ذاته لا يشتمل على نص يحرم النظر فى هذه الدستورية ، فلا يجوز لأية محكمة مصرية أن تقضى فى دعوى أصلية بإلغاء تشريع دستورى ، ولكن يجب على كل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذى يتعارض مع الدستور

إذا دفع أمامها بعدم دستوريته ، لأن الدستور هو الأولى بالتطبيق . ويكون قضاء المحكمة بإستبعاد التشريع غير الدستورى ذا حجية نسبية ، فلا يحتج به إلا فى القضية بالذات التى استبعد فيها هذا التشريع . أما فى قضية أخرى ، تنظرها محكمة ثانية أو المحكمة الأولى ذاتها ، فلا يتحتم التقيد بهذا القضاء ، ويجوز للمحكمة أن تأخذ بعكسه ، فتقضى بأن التشريع لا يتعارض مع الدستور .

تصـدير

الترجمة العربية لكتاب تاريخ النظريات السياسية
بقلم الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى
رئيس مجلس الدولة

طلب إلى الأستاذ حسن جلال العروسى أن اكتب كلمة أصدر بها هذا الكتاب الذى ترجمه إلى اللغة العربية فى تاريخ النظريات السياسية ويسعدنى أن إستجيب لهذا الطلب.

فالكتاب لأستاذ أمريكى كبير من أساتذة الفلسفة بجامعة كورنل، استعرض فيه تاريخ الفكر السياسى منذ العصور الأولى، وماشاه إلى العصر الحديث، ذلك فى تحليل رائع، ونظرات نافذة، وتأصل عميق.

وهذا الجزء من الكتاب الذى يخرجه اليوم الأستاذ العروسى لقراء العربية يتناول من تاريخ الفكر السياسى الحقبة الأولى التى استغرقتها الفلسفة الإغريقية والتى انطوت على نوع من النظام السياسى للدولة عرف « بدولة المدينة » . وقد وفق استاذ العروسى فى ترجمة الكتاب كل التوفيق. فأسلوبه عربى رصين، وعباراته متخيرة منتقاة، لا تكلف فيها ولا إبتذال. وقد حرص كل الحرص على تأدية المعنى فى دقة وأمانة.

وقدم للكتاب الدكتور عثمان خليل عميد كلية الحقوق بجامعة إبراهيم والدكتور عثمان من خيرة فقهائنا فى القانون العام. وقد أوحى إليه الكتاب بتقديم رائع، فيه من المعانى القوية والنظرات العميقة ما جعله يحلق فى سماء الفكر السياسى، ويضيف ثروة فكرية جديدة إلى الثروة الضخمة التى يزخر بها الكتاب.

وقامت مؤسسة فرانكلين الثقافية بنشر هذا المؤلف القيم وإن هذه المساهمة من جانبها لتستحق كل تقدير. ونرجو أن يكون فى متابعتها نشر أمثال هذه الكتب القيمة مترجمة إلى اللغة العربية مما يدعم أواصر التجاوب الثقافى بين الفكرين الشرقى والغربى.

والموضوعات التى عرض لها هذا الجزء من الكتاب، تحت عنوان «دولة المدينة» تتناول تحليل البيئة الفكرية التى سبقت سقراط ومهدت لظهوره، ثم تعرج إلى بسط أهم الأفكار التى انطوت عليها الفلسفة السياسية لثلاثة هم أكبر فلاسفة الإغريق: سقراط وأفلاطون وأرسطو. وقد تعاقب هؤلاء الفلاسفة الثلاثة واحداً تلو الآخر، وكان الثانى تلميذاً للأول، والثالث تلميذاً للثانى، فى عصر هو من أزهى عصور الفكر البشرى.

* * *

وأحسب أن هذا الكتاب قد طلع على القراء فى وقت مناسب. ووجه المناسبة فيه أن مصر فى سبيلها إلى وضع دستور جديد. فقد برمت بالدستور القديم، فعمدت إلى إلغائه. وسخطت على العهد الماضى، فتنكرت له، وقالت عن مساوىء ذلك العهد الشىء الكثير، فهو عهد لا يقيم وزناً للدستور، ولا سيادة فيه للقانون. فالبلاد إذن فى حاجة إلى أن تتعلم شيئاً جديداً تقيم على أساسه دستورها الجديد. وفلسفة الإغريق السياسية - على بعد ما بيننا وبينها من زمن - جديرة أن تعلمنا هذا الشىء الجديد. فهى تعلمنا مبدأ سيادة القانون. وهل يوجد مبدأ أجل وأنبل من مبدأ سيادة القانون، نراه يطالعنا من ثنايا الفلسفة الإغريقية، منقوشاً فى كل صفحة من صفحاتها، وهو العصارة من تجارب أفلاطون، والصميم فى فلسفة أرسطو؟ فلنتابعه إذن كما هو مبسوط فى هذا المؤلف الجليل.

كان أفلاطون فى شبابه، عندما كتب «الجمهورية»، يؤمن بحكومة الفلاسفة وبالحكم المطلق المستنير، فالحكم عنده لا يكون إلا لقلة من العلماء المستنيرين، وكان يرى من الحماقة أن تغل يد الحاكم الفيلسوف بأحكام القانون، وهذا الحاكم الفيلسوف، أو هذا العالم المستنير، يقوم سنده فى تولى السلطان على الزعم بأنه هو الوحيد الذى يعرف طريق الخير والعدالة، واستبعد أفلاطون من هذه الدولة المثالية التى صورها فى «الجمهورية» فكرة القانون، وأبرز الدولة مؤسسة تفرض على المواطنين وصاية دائمة يتولاها الحاكم الفيلسوف وهذه الوصاية هى أسلم صور الحكم، بل هى وحدها الحكم الحقيقى، حيث يكون الحكام مستنيرين من

العلم ، سواء حكموا بالقانون أو بغير القانون ، وسواء رضيت عنهم رعاياهم أو كانوا غير راضين ، فالحكم للعلم والمعرفة ، وهو حكم الفرد المطلق ، ولا حاجة فيه للقانون . لذلك كانت هذه الدولة المثالية من الكمال بحيث لا تتلاءم مع أحوال البشر . هى نموذج مقره فى السماء ، يحاول البشر أن يحاكموه ، ولكنهم لا يستطيعون أن يبلغوه .

ولما كان البشر لا يعيشون فى السماء ، بل يعيشون فى الأرض ، فقد رأى أفلاطون نفسه ، بعد أن تقدمت به السن ، وانضجته التجارب ، وذاق مرارة الفشل فى محاولته أن يقيم حكومة الفيلسوف فى صقلية عن طريق تثقيف ملكها ديونيسيوس ، مضطراً أن يرجع عن رأيه ، وأن يقبل حلاً وسطاً فى كتابه الثانى « السياسى » فيقول : « علينا أن نتصور الدولة وما فيها من قوانين موروثة على أنها نوع من المحاكاة للمدينة السماوية ، ولا أقل من أن نقرر ما لا شك فيه ، وهو أن القانون أفضل من الهوى ، وأن صلاح الحاكم الخاضع للقانون أفضل من تلك الإدارة التحكمية التى تصدر عن طاغية مستبد ، أو عن حكومة بلوتوقراطية ، أو عن حكم الغوغاء ، ولا ريب فى أن القانون هو بوجه عام قوة باعثة على الحضارة يصبح الإنسان بدونها - مهما تكن صفته - أخطر من الحيوانات المتوحشة » .

أدرك أفلاطون أن هناك فرقاً كبيراً بين الخضوع لسلطان القانون والخضوع لإرادة مخلوق من البشر ، مهما انفرد بالحكمة والخير ، ولم ير بدأ من أن ينادى بمبدأ سيادة القانون ، وأن يقرر أن القانون وحده هو الذى يسود الحاكم والمحكوم » .

فهو يكتب لاتباع ديون فى صقلية : لا تدعوا صقلية ولا اى بلد آخر يخضع لسادة من البشر ، بل يجب ألا يخضعوا لغير القانون . ذلكم هو مذهبى ، واعلموا أن الخضوع شر على كل من السادة والمسودين ، عليهم جميعاً وعلى أحفادهم وذراريهم » .

ثم يعلن بعد ذلك إيمانه العميق بالقانون فى كتابه الثالث « القوانين » فيقول : « فلنفرض أن كل واحد منا نحن المخلوقات الحية إن هو إلا دمية بارعة صنعتها الآلهة ، ولسنا ندرى أكنا غرضها من ذلك اللهو أم الجد ، ولكننا نعلم حق العلم أن ما فينا من إنفعالات هى كالأوتار أو الحبال التى تجذبنا ، وأنها لتعارضها - فيما بينها - تجرنا إلى أفعال متضادة ، فتبلغ

الحد الذى يفصل بين الخير والشر ، هنا يحدثنا العقل أن كل واحد منا يجب أن يتمسك على الدوام بخيط واحد فقط من تلك القوى الدافعة له ، والا يدعه يفلت منه بأى حال من الأحوال ويقاوم شد الخيوط الأخرى : هذا الخيط هو الحاكم الذهبى هو حكم العقل المقدس الذى يسمى القانون » .

والنظام الديمقراطى فى أثينا من شأنه أن يعين أفلاطون على التمسك بمبدأ سيادة القانون ، فقد كان القضاء مسيطراً على الحياة العامة . فهو ، فوق أنه يفصل فى قضايا الأفراد المدنية والجنائية ، يبسط رقابته على الموظفين ، فيختبر صلاحية المرشح قبل توليه الوظيفة إذا أقيمت الدعوى بعدم صلاحيته ، ثم هو يراجع أعمال الموظف بعد إنتهاء خدمته ، بل هو يجاوز رقابة الموظفن إلى رقابة القانون . فكان كل مواطن يستطيع أن يطعن فى أى قانون بأنه مخالف للدستور ، فيقف العمل بهذا القانون فوراً حتى تقضى المحكمة فى شأنه ، فيحاكم القانون على غرار محاكمة الأفراد ، وللمحكمة أن تقضى بإلغائه . فالقانون إذن يخضع للدستور ، والموظف يخضع للقانون . هذا هو مبدأ سيادة القانون كاملاً ، بلغت سيادتها مرتبة عليا . لم تبلغ مرتبة أعلى منها دولة «متحضرة» فى العصر الحالى .

ثم يأتى أرسطو بعد أفلاطون ، والدولة الفاضلة عنده أساسها الإجتماعى هو وجود طبقة متوسطة قوية ، «ليس أفرادها من الفقر بحيث تنكسر أجنحتهم ، ولا من الغنى بحيث ينشبون أظافرهم ، وحيثما وجدت هذه الطائفة من المواطنين ، كانت جماعة لها من إتساع صفوفها ما يكفل للدولة الإرتكاز على أساس شعبى ، ولها من التحرر عن الهوى ما يمكنها من مراقبة الموظفين المسئولين ، ولها من طبيعة انتخاب أعضائها عاصم من مساوىء حكومات الجماهير .

ويحدثنا مؤلف هذا الكتاب عن أرسطو أن مثله الأعلى كان على الدوام الحكم الدستورى لا الحكم الاستبدادى ، حتى لو كان هذا الاستبداد هو الاستبداد المستنير الذى يصدر عن الملك الفيلسوف ، فهو إذن من أكبر المنتصرين لمبدأ سيادة القانون ، ومن ثم فقد قَبِل منذ البداية أن يكون القانون فى أية دولة صالحة هو السيد الأعلى ، فالقانون هو : «العقل مجرداً عن الهوى» ، والحكم الدستورى يتمشى مع كرامة الرعايا وعزتهم ،

إذ أن الحاكم الدستورى يحكم رعاياه برغبتهم، وبذلك يختلف كل الاختلاف عن الدكتاتور الطاغية، وللحكم الدستورى كما يفهمه أرسطو عناصر رئيسية ثلاثة : أوولها حكم يستهدف الصالح العام. وبذلك يتميز عن الحكم الطائفى الذى يستهدف صالح طبقة واحدة، وعن الحكم الاستبدادى الذى يستهدف صالح فرد واحد. وثانيهاُ انه حكم قانونى، أى أن الحكومة تدار فيه بمقتضى قوانين عامة لا بمقتضى أوامر تحكمية. وثالثها أن الحكومة الدستورية حكومة رعية راضية. فتتميز بذلك عن الحكومة الاستبدادية التى تستند إلى محض القوة.

* * *

هذان إذن رجلان من أكبر فلاسفة الإغريق، بل من أكبر فلاسفة العالم، يقولان بمبدأ سيادة القانون، ويقولان بهذا المبدأ منذ المراحل الأولى فى تطور الحضارة، فأين من حكومة القانون حكومة المستبد العادل! وهل يجتمع الإستبداد والعدل؟!! لتلك خرافة إذا كان أفلاطون قد آمن بها فى شبابه، فقد أدرك فى شيخوخته أنها سراب لا وجود له. كان أفلاطون فى بداية أمره كما قدمنا يؤمن بحكومة الفلاسفة حتى نراه يقول : « لا سبيل إلى تحقيق حياة أسعد للجنس البشرى إلا بإحدى وسيلتين، فإما أن يتولى مقاليد الحكم جمهرة الفلاسفة، وأما أن تتحول الطبقة الحاكمة بمعجزة من معجزات الإرادة الإلهية إلى طبقة من الفلاسفة »، فهو قد كان يعتقد ألا سبيل إلى تحقيق سعادة البشر إلا بأن يتولى الفلاسفة الحكم، أو بأن يصبح الحكام فلاسفة. ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا الرأى، وعلم - بعد أن نضجت خبرته - أن الفلاسفة إذا تولوا الحكم فهم لا يلبثون أن يفسدوه، وأن الحكام إذا أصبحوا فلاسفة أسرعوا إلى ترك الحكم خشية أن يفسدهم.

فالحكم الصالح لا تتلمسه فلسفة الإغريق فى الحكم المطلق للفيلسوف ولكن تنشده فى مبدأ سيادة القانون.

القــانون المــدنى العربى

للعــلامة الجليــل

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى

مستلة من مجلة القضـاء العراقية

العددان الأول والثـانى لسنة ١٩٦٢

«يسر هيئة تحرير مجلة (القضاء) أن تزف إلى قرائها فى الوطن العربى هذا البحث الممتع الرائع ، للفقيه العربى الكبير عبد الرزاق أحمد السنهورى».

«هيئة التحرير»

* * *

القانون المدنى العربى تعبير عن شىء لم يوجد ، والأدق أن يقال عن شىء لما يوجد . ذلك أن وجود قانون مدنى عربى أمر ممكن ، بل هو أمر واجب ، فهو إذا لم يوجد اليوم ، فمن حقنا أن نتوقع وجوده فى الغد .

وأبادر إلى القول إننى أحد المؤمنين بالوحدة العربية ، فهى شىء فى طبيعة الشعوب العربية ، وهذه الشعوب أمة واحدة ، إذا تقسمتها دول متعددة ، فهذا عارض يزول بزوال أسبابه . ومن اقوى الأركان التى تقوم عليها الوحدة العربية وحدة الثقافة . ومن أهم الأسباب لتوحيد الثقافة أن تتوحد الثقافة القانونية . ومن هنا ينبعث إيمانى بضرورة العمل على إيجاد قانون مدنى عربى .

وحتى نطمئن إلى أن العمل منتج مثمر ، بل لكى نستوثق أن قانوناً مدنياً عربياً سيوجد فى الغد ، وإننا سنشارف عهداً جديداً للبلاد العربية يكون لها فيه قانون مدنى موحد يجب أن نستقرىء الماضى ، وأن نستعرض الحاضر ، لنستطلع فى ضوئهما ما يطويه المستقبل .

- ١ -

المــاضى

إذا ذكرت «القانون المدنى» فإنما أقصد بهذا التعبير قانون المعاملات المالية لا قانون الأحوال الشخصية ، ذلك أن قانون الأحوال الشخصية ، بالنسبة إلى المسلمين فى البلاد العربية وهم الأغلبية العظمى فى هذه البلاد لا يحتاج فى توحيده إلى جهد كبير . فمرجعه الأول هو الفقه الإسلامى ، وتوحيد هذا القانون بالنسبة إلى المسلمين فى البلاد العربية أمر ميسور ، بل هو أمر قد بدأ بالفعل فى مصر بتقنين أحكام الميراث والوصية والوقف والولاية والوصاية والقوامة فلم يبق إلا تقنين أحكام الزواج والنسب ليتم

بذلك تقنين كامل للأحوال الشخصية أرجو أن يكون نموذجاً صالحاً يوضع تحت نظر البلاد العربية الأخرى ليكون نواة لتوحيد التقنين فى الأحوال الشخصية على أساس الفقه الإسلامى .

ويحسن منذ الآن أن أحدد ما أقصده بالبلاد العربية فهى فى الشرق - مصر ، وفلسطين ، والاردن وسورية ولبنان والعراق والمملكة العربية السعودية واليمن وتضمها كلها جامعة الدول العربية ، وهى فى المغرب ليبيا وتونس والجزائر ومراكش .

وقد كانت هذه البلاد فى الماضى بالنسبة إلى قانون المعاملات المالية أى القانون المدنى تنقسم طوائف ثلاثا :

(**فالطائفة الأولى**) : قانونها المدنى قانون غير مكتوب وهذه هى :

١ - المملكة العربية السعودية ، وتطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الوهابين وهو فرع من المذهب الحنبلى .

٢ - اليمن ، ويطبق الفقه الإسلامى فى مذهب الزيدية وهو مذهب شيعى قريب من المذهب الحنفى .

(**والطائفة الثانية**) : قانونها المدنى هو تقنين للشريعة الإسلامية فى المذهب الحنفى ، أصدرته الدولة العثمانية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر تجت اسم معروف هو « مجلة الأحكام العدلية » فشمل البلاد العربية التى كانت تحت الحكم العثمانى . وبقى بعد انهيار الدولة العثمانية معمولاً به فى سورية وفلسطين وشرق الاردن والعراق وليبيا .

(**والطائفة الثالثة**) : قانونها المدنى مقتبس من القانون المدنى الفرنسى . وهذه تشمل مصر ولبنان تونس والجزائر ومراكش .

والتفسير التاريخى لانقسام البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى هذه الطوائف الثلاث يتلخص فيما يأتى :

كانت هذه البلاد جميعها - فيما عدا مراكش وأجزاء من اليمن - مندمجة فى الامبراطورية العثمانية حتى القرن التاسع عشر وكان الفقه الإسلامى غير المقنن هو المعمول به فيها جميعاً .

فاستقلت مصر استقلالاً ذاتياً تحت حكم محمد على ولما قننت الدولة العثمانية الفقه الإسلامى فى مجلة الأحكام العدلية لم يمتد هذا التقنين إلى

مصر وبقيت هذه على ما كانت عليه من تطبيق الفقه الإسلامى غير المقنن مع بعض من التشريعات الفرنسية وبخاصة القانون التجارى ثم دخلت فى عصر إصلاح قضائى تحت حكم إسماعيل وإمتد عصر الإصلاح إلى أوائل حكم توفيق فأنشئت المحاكم المختلطة فالمحاكم الوطنية على غرار المحاكم الفرنسية ووضعت تقنينات حديثة تطبقها هذه المحاكم فى سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ أخذت كلها من التقنينات الفرنسية وعلى راس هذه التقنينات القانون المدنى ومن ثم أصبحت مصر ذات قانون مدنى مقتبس من القانون الفرنسى .

وضمت فرنسا الجزائر إلى بلادها فى سنة ١٨٣٠ فامتد القانون المدنى الفرنسى إلى الجزائر بهذا الضم ، ثم أعلنت فرنسا حمايتها على تونس فمراكش . وادخلت فيهما تقنينين متماثلين ، **الأول** لتونس فى سنة ١٩٠٦ **والثانى** لمراكش فى سنة ١٩١٣ ، وهما تقنينان مقتبسان من القانون المدنى الفرنسى ولكنهما أحدث منه عهداً واكثر مسايرة لحركة التقدم القانونى .

ولما تفككت الامبراطورية العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى ، دخلت سوريا ولبنان فى الانتداب الفرنسى ، والعراق وشرق الاردن وفلسطين فى الانتداب البريطانى واستقل الحجاز ، ولكن الملك ابن السعود استولى عليه وأدمجه فى نجد وجعل منها المملكة العربية السعودية . وبقى اليمن مستقلا كما كان ، وكان الايطاليون قد استولوا على ليبيا قبيل الحرب ، ولكنهم لم يغيروا قانونها المدنى وبقيت المملكة العربية السعودية على مذهبها الوهابى ، واليمن على مذهبه الزيدى كذلك بقيت سورية بالرغم من الانتداب الفرنسى ، والعراق وشرق الاردن وفلسطين بالرغم من الانتداب البريطانى ، على مجلة الأحكام العدلية . أما لبنان فقد ترك المجلة وكان لا يزال تحت الانتداب الفرنسى إلى القانون المدنى اللبنانى وهو قانون مقتبس من القانون الفرنسى ، ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع متأخر عنه من ناحية الصياغة .

وهكذا انقسمت البلاد العربية من ناحية قانونها المدنى إلى الطوائف الثلاث التى قدمنا ذكرها .

- ٢ -

الحــــاضر

أما فى الوقت الحاضر ، أى بعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية فقد بقيت الطائفة الأولى على حالها : المملكة العربية السعودية تطبق المذهب الوهابى واليمن يطبق المذهب الزيدى ، فإذا نحن أغفلنا هذه الطائفة وأخرجناها من دائرة البحث إلى أن يحين الوقت الذى تتمكن فيه من المشاركة فى حركة التقنين المدنى وجدنا حركة التقنين هذه يتجاذبها فى الوقت الحاضر تياران أساسيان :

يتمثل **التيار الأولى** فى مصر وقد إتخذت لها قانوناً مدنياً جديداً اقتبست منه سورية قانونها الجديد والبلدان ينتميان إلى الثقافة المدنية الغربية . وينضم إليهما فى ذلك لبنان وتونس والجزائر ومراكش ، وقد استبقى كل منها قانونه المقتبس من القانون الفرنسى .

ويتمثل **التيار الثانى** فى العراق ، وقد إتخذ له هو أيضاً قانوناً مدنياً جديداً لم يهجر فيه المجلة هجراً تاماً ولم يعتنق القانون الغربى فى جملته ، بل أصبح وسطاً بين الاثنين . ويدور فى فلك العراق الاردن وفلسطين .

هذان التياران الأساسيان سيتنازعان فى المستقبل السيادة فى حركة التقنين المدنى العربى . فلأيهما ستكون الغلبة ؟ لا أحسب أن أيا منهما سيتغلب على الآخر لأن كلا منهما حلقة تكمل الأخرى فى سلسلة من التطور لا بد له من أن يسير إلى غايته ، فينتهى إلى القانون العربى الجديد وهو الأمل الذى يطالعنا به المستقبل . ولكن قبل أن ننتقل إلى المستقبل نقول كلمة موجزة فى كل من هذين القانونين الجديدين ؛ القانون المصرى والقانون العراقى .

القانون المدنى المصرى الجديد :

مصادره : استقى القانون المصرى الجديد نصوصه وأحكامه من منابع ثلاثة :

القانون المدنى المصرى السابق ، والفقه الإسلامى ، والقوانين الغربية الحديثة .

وأهم مصدر من هذه المصادر الثلاثة هو القانون المدنى السابق ، نصوصه وقضاءه فقد أراد المشرع المصرى ألا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى فنقل إلى القانون الجديد ما لا يزال صالحاً من نصوص القانون القديم ، ثم قنن أحكام القضاء المصرى لجلاء الغامض فى هذه النصوص ، ولعلاج ما شابها من عيب ولاستكمال ما اعتورها من نقص . ومن ثم أمكن القول أن القانون الجديد لم يحدث ثورة ولم يجر إنقلاباً ، بل انتقل فى رفق وهوادة من مرحلة إلى مرحلة : من مرحلة كان فيها يقلد القانون الفرنسى تقليداً أعمى ، ويضيف إلى عيوبه عيوباً من عنده وكان كثير من أحكامه لا تحتويه النصوص بل تراه مبعثراً فى أحكام القضاء المصرى ، إلى مرحلة إبتعد فيها من التقليد الحرفى وقنن هذه الأحكام المنتشرة فى مجموعات القضاء المصرى الضخمة ، فاستوت نصوصاً قريبة المأخذ واضحة المعنى مستقرة الوضع .

والمصدر الثانى هو الفقه الإسلامى : وقد احتفظ المشرع المصرى بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه . فبيع المريض مرض الموت والأهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل ايلولة التركة للورثة والغبن فى بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائط المشترك ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها القانون القديم واستبقاها القانون الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاماً استمدها من الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية معاً . كما فعل فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى حوالة الدين وفى مبدأ الحوادث الطارئة ، وأحكاماً أخرى استمدها من الفقه الإسلامى وحده ، كما فعل فى مجلس العقد وفى إيجار الوقف وفى الحكر وفى الإبراء من الدين . ثم جاوز هذا وذاك ، وجعل الفقه الاسسلامى مصدراً من مصادره الرسمية إذ قضت المادة الأولى منه بأنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى

وقواعد العدالة ، على أن المشرع المصرى بالرغم من كل هذا ، لم يخط خطوة حاسمة فى جعل القانون المدنى مشتقاً فى مجموعة من الفقه الإسلامى . فلا يزال القانون المدنى الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية لا الثقافة القانونية الإسلامية . وإذا كان قد جعل الفقه الإسلامى من بين مصادره الرسمية ، فقد جعله يأتى فى المكان الثالث بعد النصوص والعرف . والسياسة التى سار عليها المشرع المصرى فى ذلك هى سياسة الاناة والتبصر . فقد وجد المجتمع المصرى محكوماً منذ قرابة قرن يقوانين مدنية غريبة باعدت ما بينه وبين الفقه الإسلامى ، فأصبح الرجوع

فجأة إلى الفقه الإسلامى عسيراً لما يحدث من قلقلة فى التعامل ومن بلبلة فى التفكير القانونى ، ورأى المشرع مع كل ذلك أن يرجع خطوة إلى الشريعة الإسلامية . إذ استزاد كما قدمنا من أحكام الفقه الإسلامى وجعله مصدراً رسمياً من بين مصادره . وتربص حتى يأخذ الفقه الإسلامى بأسباب التطور على النحو الذى سنشير إليه فيما يأتى . فإذا ما اكتمل هذا الفقه تطوره ، أمكن وقتئذ أن تصبح الثقافة المدنية المصرية ثقافة إسلامية .

والمصدر الثالث هو القوانين الغربية الحديثة فى مختلف طوائفها ، من لاتينية وجرمانية . ولم يبغ المشرع المصرى من الرجوع الى هذا المصدر الا أمرين :

(اولهما) أن يبتعد عن التقليد المحض للقانون الفرنسى ، فقد كان القانون القديم صورة ناقصة من هذا القانون يجرى فى مداره ولا ينحرف عن أفقه . فأراد المشرع المصرى أن يجعل القانون الجديد يمثل الثقافة المدنية لا فى صورتها الفرنسية فحسب ولا فى صورته اللاتينية الحديثة فحسب ولا فى صورتها الجرمانية فحسب بل فى الصور مجتمعة ، يتخير منها ما يساير روح العصر ويتسق فى الوقت ذاته مع تقاليد المجتمع المصرى . فالقانون الجديد من حيث مصادره هو قانون متخير .

(والامر الثانى) أن ينتفع بأساليب الصياغة القانونية التى ارتقت ارتقاء كبيرا بعد صدور القانون المدنى الفرنسى منذ قرن ونصف قرن .

فأصبح القانون الجديد يبارى فى الترتيب والتبويب والاسلوب والصياغة أحدث التقنينات المدنية الغربية .

ومن ثم يمكن القول فى طمأنينة ان القانون المصرى الجديد يمثل الثقافة المدنية الغربية أصدق تمثيل ، ويمثلها فى أحدث صورة من صورها ، ويؤكد هذا المعنى ما ارتسمه من اتجاهات عامة تنتقل الآن اليها .

اتجاهاته العامة : يمكن تلخيص هذه الاتجاهات فى لفظ واحد هو « الاعتدال » . وكما جماع الوصف فى القانون المدنى الجديد من حيث مصادره هو أنه قانون متخير ، كذلك جماع الوصف فيه من حيث اتجاهاته العامة هو أنه قانون معتدل .

هو قانون معتدل يتوسط بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

وعوامل التطور فى القانون المصرى الجديد هى هذه المعايير المرنة التى جعلها مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التى أعطاها للقاضى . فقد ترك القانون الجديد فى الكثرة الغالبة من الأحوال هذه القواعد الجامدة التى تضع للمسألة حلا واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات وآثر عليها المعايير المرنة يضعها هادياً للقاضى فيسترشد هذا بها فيما يعرض له من الاقضية ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغاير الحلول بتغاير الظروف . من ذلك معيار « الغلط الجوهرى » استبدله بالقاعدة القديمة التى كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً فى مادة الشىء . ومن ذلك معيار « التدليس الجسيم » . ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » فى الاكراه ، ومعيار « الباعث الدافع إلى التعاقد » فى نظرية السبب ، ومعيار « العذر المقبول » عند الرجوع فى الهبة . كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التى تؤدى إليها بتفاوت الظروف التى تطبق فيها ، وهى بعد معايير ذاتية يراعى فى تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضى فى كل شخص بذاته . ثم ان القانون الجديد أفسح المجال للمرونة والتطور بما أعطى للقاضى من سلطة تقديرية واسعة تصل به فى بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . فيجوز للقاضى إذا قام

خلاف بين المتعاقدين فى مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها من قبل أن يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعادة. ويجوز له أن ينقص إلتزامات المتعاقد المغبون فى حالة الاستغلال وأن ينتقص من العقد إذا كان فى شق منه باطلاً وأن يحوله إلى عقد آخر، وأن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الحوادث الطارئة وأن يعدل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان، وأن يخفض التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى إذا كان مبالغاً فيه، وأن يقدر ما هى الحالات التى يقوم فيها إلتزام طبيعى وان يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين وإذا كان الوفاء مشترطاً عند المقدرة أو الميسرة، وان ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها إلتزامه، وأن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها. وإذا كان القانون الجديد لم يبلغ فيما أعطاه للقاضى من سلطة تقديرية مدى ما بلغ القانون السويسرى الذى جعل القاضى مشرعاً فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً فى سبيل أن يجعل للقاضى من سلطات التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون هذه الأحكام أداة طيعة فى يد القاضى يطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه ما يتغير من ملابسات وأحوال.

أما عوامل الاستقرار فى القانون الجديد فأهمها المعايير الموضوعية التى استكثر منها. والأخذ بالإرادة الظاهرة دون الارادة الباطنة فى كثير من الحالات. وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة للمعايير الذاتية. وبقى الآن أن نذكر أن أكثر المعايير التى وضعها القانون الجديد ليست معايير ذاتية، بل هى معايير موضوعية وقد قصد هذا القانون من ذلك إلى إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار. فالمعيار الموضوعى من حيث هو معيار عامل للتطور، ومن حيث هو موضوعى عامل للاستقرار. والموضوعية، وهى صنو للارادة الظاهرة بل هى الأصل الذى تنتمى إليه هذه الارادة ومن أكبر عوامل الاستقرار. وهى من مميزات القانون الجديد. وقد أراد هذا أن يخفف من حدة النزعة الذاتية التى تميز القوانين اللاتينية، فأخذ بالإرادة الظاهرة والموضوعية معاً. فمن المعايير الموضوعية التى إتخذها معيار «عناية الشخص المعتاد» طبقه من نواح مختلفة. فالشريك

فى عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد. والمستأجر فى عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية فى إستعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. والمستعير فى عقد العارية عليه أن يبذل فى المحافظة على الشىء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد. والمودع لديه فى عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء المودع ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب عليه أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد. ومن المعايير الموضوعية ما نص عليه القانون الجديد فى الإستغلال إذ لا يجوز الطعن فى العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وما نص عليه فى المسؤولية عن الأشياء من أن الشخص يكون مسؤولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، وما نص عليه فى تحديد الضرر المباشر من أنه هو الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وما نص عليه فى تحديد العيب الخفى من أنه عيب ينقص من قيمة الشىء أو من نفعه بحسب العناية المقصودة منه، وما نص عليه فى الأيجار من وجوب أن يكون إستغلال المستأجر الأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف. وإلى جانب المعايير الموضوعية أخذ القانون الجديد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة فى بعض الحالات توخياً لاستقرار التعامل. فعل ذلك فى تكوين العقد إلى حد أن قام العقد على الإرادة الظاهرة فى بعض الفروض، وفى تفسير العقد إلى حد أن قرر أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

وقد وقف القانون المصرى الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً، فلا هو ضحى بالفرد لمصلحة الجماعة، ولا هو سخر الجماعة لمصلحة الفرد.

حمى الفرد ، فأفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً . ففى نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة وإن كان قد أورد عليه قيوداً معقولة . فلا يزال الفرد حراً فى أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هى التى تنشىء العقد وهى التى ترتب آثاره ، ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للإلتزامات . وإذا كنا قد بعدنا بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، وعن مذهب الفردية المتطرفة التى كانت سائدة فى أوائل القرن التاسع عشر فإن القانون الجديد لا يزال يخدم إرادة الفرد ويقرر ما تتجه إلى تحقيقه من آثار فى حدود معقولة فى عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو . وفى نطاق الملكية استبقى القانون الجديد الملكية الفردية وحماها من الاعتداء . فلمالك الشىء وحده حق استعماله والتصرف فيه ، وله الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف فى ملكه إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته وإلى من أوصى لهم . فالقانون الجديد يحمى الفرد إذن فى مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته فى التعاقد وحريته فى التملك .

ولكن القانون الجديد حمى الجماعة أيضاً تمشياً مع روح عصره *ومسايرة للتطورات الحطيرة التى* اعتورت مذهب *الفردية* . وآية ذلك نراها أيضاً فى نطاق العقد وفى نطاق الملكية . ففى نطاق العقد قيد سلطان الإرادة وإلتزام فى العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف ، فحيث يختل التوازن بين طرفى العقد ، ويقف إحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر فإن الجماعة يعنيها أن تحمى الطرف الضعيف من تعسف الطرف القوى . فعل القانون الجديد ذلك فى عقود الاذعان وفى نظرية الاستغلال وفى نظرية الحوادث الطارئة وفى عقد العمل وفى عقد التأمين وفى أحكام أخرى كثيرة غيرها . وفى فوائد الدين لم يقتصر على تخفيض سعر الفائدة القانونية والاتفاقية بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة فى تقاضى الفوائد ، وفى نطاق الملكية جعل القانون الجديد الملكية وظيفة إجتماعية أكثر منها حقاً فردياً بما أورد على هذا الحق من قيود كثيرة . فقد أوجب على المالك الا يغلو فى إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وقيد الملكية فى

الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية، بما يغل يد المالك فى استعماله لملكه لا للمصلحة العامة فحسب بل أيضاً لمصلحة الجيران وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعى متغلغلة فى الصميم من نظام الملكية. فالقانون الجديد قد خطا بما وضعه من قيود على حرية التعاقد وعلى حق الملكية خطوات واسعة فى سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية.

هذه هى الاتجاهات العامة للقانون المصرى الجديد. ونراها تؤكدهذه الفكرة التى سبقت الإشارة إليها. فهى إن القانون يمثل أصدق تمثيل الثقافة المدنية الغربية فى العصر الذى نعيش فيه.

القانون المدنى العراقى الجـديد:

مصادره: استقى القانون المدنى العراقى الجديد مصادره هو أيضاً من منابع ثلاثة: مجلة الأحكام العدلية، والقوانين المدنية العراقية الأخرى التى كانت موجودة من قبل، والقانون المدنى المصرى الجديد.

وقد كانت القوانين المدنية العراقية قبل صدور القانون المدنى الجديد مشتتة منتثرة فى مصادر متفرقة، فالمجلة وهى اهم هذه المصادر كانت تضم الأحكام الكلية والعقود المعينة وبعض قواعد الملكيةوالحقوق العينية والكثرة الغالبة من نصوصها كانت تعلق بالعقود المعينة، كان ينظم نوعاً خاصاً من الملكية هو حق التصرف فى الأراضى الأميرية وكانت هناك تشريعات عراقية، موروثة هى ايضاً من الدولة العثمانية، تنظم الرهن التأمينى أما رهن الحيازة فكان مكانه المجلة باعتباره عقدا من العقود المعينة. وأما التسجيل وشهر الحقوق العينية فى «الطابو» فقد اشتملت تشريعات خاصة على قواعدها. وانتشرت قواعد مدنية هامة فى ثنايا قوانين الاجراءات، فى قانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية والسبب الرئيسى لهذا التشتت موروث أيضاً عن الدولة العثمانية، فقد كانت الدولة تلتزم بوجه عام الفقه الإسلامى فى تشريعها المدنى، وقد قننت هذا الفقه فى المجلة كما سبق القول..ولكن الحاجة كانت تلجئها إلى وضع تشريعات مدنية تقتضيها الضرورة، فلم تكن تستطيع أن تدخل هذه التشريعات فى صلب المجلة حتى لا يقال انها ادخلت على الفقه الاسلامى شيئاً غريباً عنه. فلجأت الى هذه التشريعات

الخاصة التى سبقت الاشارة اليها ، وورثها العراق عنها ، ثم عمدت الى قوانين الاجراءات وهى مأخوذة من القانون الفرنسى ، فحشرت بين نصوصها ما رأت اقتباسه من الأحكام المدنية الفرنسية .

وقد واجهت هذه الحالة المضطربة عندما عهدت الى الحكومة العراقية مع لجنة من كبار رجال القانون فى العراق ، فى وضع مشروع لقانون مدنى عراقى يلم شتات هذه التشريعات المبعثرة ، ويؤلف ما بين اجزائها وينسق ما بين نصوصها . فاستبقينا كمصدر اول من مصادر القانون العراقى الجديد نصوص المجلة بعد تهذيب استعنا فيه بنصوص مرشد الحيران لصاحبه محمد قدرى باشا . واضفنا الى هذا المصدر ما جمعناه من التشريعات العراقيه الخاصة كقانون الاراضى وقانون الرهن التأمينى وقانون « الطابو » . وانتزعنا الاحكام المدنية من قوانين الاجراءات واقررناها فى مكانها من القانون المدنى الجديد . واستكملنا كل هذا - ولم يكن وافيا بالحاجة فى تقنين مدنى حديث - بالاستعارة من القانون المصرى الجديد .وجهدنا ان يكون هذا المجموع غير متنافر الاجزاء ، وان تنسق النصوص وتنسجم الاحكام ، حتى لا تكون هذه المصادر المتفرقة سببا فى اى تعارض يقع بين نواحى القانون الجديد .

وقد استعرضت المذكرة الايضاحية (الاسباب الموجبة) لمشروع القانون المدنى العراقى هذه الحالة القديمة ، فبينت ان تشتت قواعد القانون المدنى فى مصادر متفرقة كان خليقا أن يحمل الباحث مشقة بالغة فى تقصى القواعد القانونية فى مظانها ، ثم ان اشتقاق الاحكام من مصادر متباينة لم يقترن فى الماضى بايةمحاولة للتنسيق . « وقد ترتب - كما تقول هذه المذكرة الايضاحية - على ذاك أمران : **الأول** : تعذر استخلاص أحكام عامة تسيطر على القانون المدنى بأسره ، كأحكام النظرية العامة للالتزام . ولهذه الأحكام أهميتها لا باعتبارها مرجعا يلجأ اليه القاضى إن افتقد الحكم بصدد مسألة من المسائل فحسب ، بل واعتبارها مرشدا يسدد خطى المشرع فى وضع التشريعات الخاصة ، **والأمر الثانى** : خلو قواعد القانون المدنى العراقى من معنى التجانس ، وهو معنى لا يتوافر الا من طريق تنسيق جامع ، تتماسك بفضله الأصول العامة ، وتهذب الأحكام التفصيلية تهذيبا يحكم ارتباطها فيما بينها ويحلها المحل المناسب فى كنف هذه

الأصول . ولا يتيسر هذا التنسيق ما بقى النشاط التشريعى موزعا متقطعا ولكنه يتاح بتعديل شامل يتناول قواعد القانون المدنى فى جملتها دون أن يقتصر على جوانب أو فروع منها . وقد عنى المشرع بهاتين الناحيتين عناية خاصة فحرص على أن يجمع شتات قواعد القانون المدنى بين دفتى تقنين واحد وبذلك عادت أكثر القواعد المشتتة إلى مكانها المناسب من هذا التقنين . ومن أبرز ما يساق من الأمثلة فى هذا الصدد وضع الأحكام التى

تضمنها قانون الأراضى والأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية فى صعيد واحد مع سائر الأحكام الخاصة بالملكية والحقوق العينية . وكذلك جهد المشروع فى التنسيق بين الأحكام التى اشتمل عليها . فألف بين ما استمد من الفقه الاسلامى وبين ما اشتق من غيره من المصادر . وبهذا تسنى له أن يحقق غرضين : **أولهما** : افساح المجال لأحكام كلية تتركز فيها نظريات عامة أخصها نظرية الالتزام ، **والثانى** : وهو الأخطر التمهيد للقانون المدنى العربى » .

وقد تابع القانون المدنى العراقى الجديد القانون المدنى المصرى فى الترتيب والتبويب متابعة تامة . ففى باب تمهيدى بينت مصادر القانون العراقى ، وقررت القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان وبالأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية وبتقسيم الأشياء والأموال على النحو المعروف فى القوانين المدنية الغربية . ويمكن القول أن هذا الباب التمهيدى منقول كله نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المدنى المصرى الجديد ، فيما عدا بعض القواعد الكلية التى نقلت عن المجلة .

ثم ينقسم القانون العراقى ، كالقانون المصرى إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما للحقوق الشخصية والآخر للحقوق العينية ، ففى **القسم الأول** صيغت نظرية عامة للالتزام ، جمعت أجزاؤها من نصوص المجلة حيث تعرض لبعض القواعد العامة فى الالتزام فى ثنايا النصوص الواردة فى العقود المعينة ، وأكملت بنصوص القانون المصرى الجديد ولقيت فى نصوص المجلة مادة خصبة استقت منها فى غير عناء واستكملتها بنصوص من القانو المصرى .

وتناول **القسم الثاني** : الملكية والحقوق العينية الأصلية . ففصل أحكامها موفقا ما بين أحكام الفقه الاسلامي ونصوص المجلة من جهة وبين مبادىء القوانين الغربية مقتبسة من نصوص القانون المصرى الجديد من جهة أخرى . وأدمج فى هذا كله نصوص قانون الأراضى ، بعد أن هذب صياغتها ووضح المبهم منها . ثم اشتمل على التأمينات العينية فوفق فى الرهن الرسمى ما بين أحكام التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المصرى الجديد وألف ما بين هذه النصوص ونصوص المجلة فى رهن الحيازة ، واحتذى فى حقوق الامتياز مثال القانون المصرى الجديد .

ونتبين من ذلك أن مصادر القانون العراقى هى كما سبق القول ، نصوص المجلة ونصوص التشريعات العراقية الخاصة ونصوص القانون المدنى المصرى الجديد .

اتجاهاته العامة : وكل ما قدمناه من اتجاهات عامة للقانون المصرى الجديد من طابع الاعتدال ومن التوسط بين الاستقرار والتطور وبين حماية الفرد وحماية الجماعة ، نستطيع أن نثبتة للقانون العراقى الجديد ، فإن النصوص فى النصف منها على الأقل واحدة فى القانونين .

ويتميز القانون العراقى الجديد باتجاه خاص ينفرد به عن القانون المصرى الجديد وعن سائر القوانين الحديثة . فهو أول قانون مدنى حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامى والقوانين الغربية الحديثة جنبا إلى جنبا بقدر متساو فى الكم والكيف . وهذه تجربة من أخطر التجارب فى تاريخ التقنين المدنى الحديث . ذلك أن الشريعة الاسلامية منذ أن ركدت طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد فيها أصبحت شريعة قديمة من طراز القانون الرومانى لم تهب عليها ريح الاصلاح الا فى مرحلة أولى يوم قننت أحكامها فى نصوص تشريعية على نسق التقنينات الغربية فى المجلة وفى مرشد الحيران . وها نحن الآن فى مرحلة ثانية يخطوها القانون العراقى الجديد ، وقد وضع هذه الأحكام المقننة من الفقه الاسلامى الى جانب نصوص القوانين الغربية ممثلة فى القانون المصرى الجديد . فلسنا مغالين إذا قلنا أن تجربة القانون المدنى العراقى تعد من أخطر التجارب فى تاريخ التقنين . فهذه أحكام الفقه الاسلامى قننت فى نصوص واضحة ووضعت

إلى جانب نصوص القوانين الغربية وبذلك تم جمع الفقه الاسلامى والقوانين الغربية على صعيد واحد فمكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها ومهد الطريق للمرحلة الثالثة والأخيرة فى نهضة الفقه الاسلامى ، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجارى مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا .

فما هو مصير هذه التجربة الخطيرة بعد أن وضعنا الفقه الاسلامى إلى جانب القوانين الغربية فى تقنين واحد ، وألفنا ما بينهما برباط وثيق ؟ هذه مسألة المستقبل ، وهذا ما ننتقل الآن اليه .

- ٣ -

المستقبل

قلت أن هناك فى الوقت الحاضر تيارين رئيسيين فى حركة التقنين المدنى العربى ، يمثل أحدهما القانون المصرى الجديد ويمثل الآخر القانون العراقى الجديد وعرضت فى كلمة موجزة لمصادر كل من القانونين واتجاهاته العامة . وذكرت أن هذين التيارين سيتنازعان فى المستقبل السيادة فى التقنين المدنى العربى .

ويعنينى الآن وأنا أشارف أبواب المستقبل أن أبين أن القانون المصرى والقانون العراقى لم يوضعا للتنازع والتعارض بل وضعا للتآلف والتكامل . وقد كنت وأنا أعمل فى كل من القانونين أدرك إدراكا تاما أن القانون العراقى ما كان يتم على النحو الذى تم به قبل إتمام القانون المصرى ليستعير الأول من الثانى تبويبه وترتيبه وصياغته وأساليبه ليستكمل منه ما ينقصه من موضوعات لايجدها ممهدة فى الفقه الاسلامى . والهدف الذى قصدت اليه هو أن يكون للبلاد العربية قانون مدنى واحد يشتق رأسا من الشريعة الاسلامية . ولكن هذا الهف بعيد ، وأنا العليم بما يحوطه من صعاب كأداء وما يقتضيه من مشقة بالغة وما يتطلبه من زمن طويل يقصر عنه الأجل ويفنى دونه العمر . وكنت أنا أعلم أن الشقة بعيدة أعلم فى الوقت ذاته أن السبيل أيضا غير ممهد . فلابد من تعبيد

الطريق للوصول إلى الهدف المنشود . ولن نصل إلى المرحلة الأخيرة الا بعد أن نجتاز مرحلتين تسبقانها .

(**المرحلة الأولى**) : **هى** استخلاص ما وصلت اليه الثقافة المدنية الغربية فى آخر تطوراتها الى العصر الذى نعيش فيه . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدنى المصرى الجديد . وكان وضعه على هذا النحو طبيعيا لأن مصر كما قدمت ألفت القوانين الغربية فلا تستطيع أت تدعها الى الفقه الاسلامى فى يوم وليلة قبل أن يتم تطور هذا الفقه .

(**والمرحلة الثانية**) : هى وضع هذه الثقافة المدنية الغربية الى جانب الفقه الاسلامى بعد أن تم تقنينه نصوصا فى المجلة ومرشد الحيران . وهذا ما تحقق بوضع القانون المدنى العراقى الجديد . وكان هذا أيضا طبيعيا لأن العراق ألف الفقه الاسلامى عن طريق المجلة فكان الواجب أن يستبقيه بالقدر الممكن وأن يضيف عليه ما يكمله من نصوص القانون المصرى الجديد . وأقدر بعد أن اجتزنا هذه المرحلة الثانية وبعد أن أصبح الفقه الاسلامى والقانون المدنى الغربى جنبا إلى جنب فى صعيد واحد أن يتكامل القانونان وأن يتفاعلا هذا يؤثر فى ذاك ثم يتأثر به . ومن ثم تقوم نهضة علمية حقة لدراسة الفقه الاسلامى فى ضوء القانون المدنى الغربى . وهذه الدراسة هى التى قصدت أن أصل اليها حتى إذا آتت ثمارها وتقدمت دراسة الفقه الاسلامى الى الحد الذى يجعله مصدرا لقانون مدنى يجارى مدنية العصر ويساير ثقافة الجيل ، عند ذلك نكون قد بغلنا المرحلة الثالثة والأخيرة ويتحقق ببلوغنا هذه المرحلة الهدف المنشود .

على هذا الوجه يصدق ما قلته من أن القانون المدنى المصرى والقانون المدنى العراقى لا يتنازعان ولا يتعارضان ، بل يتآلفان ويتكاملان . **فأحدهما** : **هو** مرحلة للأخير والاثنان معا مرحلتان لازمتان لمرحلة أخيرة هى التى نهدف للوصول اليها .

فالنتيجة الحتمية اذن لوضع القانون المدنى المصرى ثم لوضع القانون المدنى العراقى مشتقا منه ومن الفقه الاسلامى على السواء هى النهوض بدراسة الفقه الاسلامى فى ضوء القانون المدنى الغربى . وقد ينشأ من تطبيق القانون العراقى - وهو يقوم على أساسين مختلفين - بعض الصعوبات . ولكنها لن تزيد عن الصعوبات المألوفة التى تعترض تطبيق

كل قانون جديد . بل أن هذه الصعوبات ذاتها هى التى ستشحذ الهمة لدراسة الفقه الاسلامى حتى يتيسر تنسيق أحكامه مع أحكام القانون المدنى الغربى .

فالمستقبل اذن يتمثل بدراسة الفقه الاسلامى . ونركز كلامنا الآن فى هذه الدرساة . فنلقى نظرة سريعة على الفقهة الاسلامى ، ثم نبين كيف تكون دراسته وما هى الغاية التى نبتغى الوصول اليها من هذه الدراسة .

نظرة فى الفقه الاسلامى :

يظن كثيرون أن الفقه والدين فى الاسلام هما شيىء واحد . وهذا الظن يدعو الى انعام النظر . لاشك فى أن الاسلام دين ودولة ، والدولة لابد لها من فقه ولكن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يدركون ادراكا تاما الحد الفاصل بين الفقه وقد وضع لتعامل الناس وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض ، والدين وهو أمر يتصل بعلاقة الانسان بربه ، حتى لتراهم يميزون فى الشىء أن يكون صحيحا قضاء مكروها ديانة .

فالفقه الاسلامى هو فقه محض ، لاتقل عراقته فى ذلك عن عراقة القانون الرومانى . وهو لايقل عنه فى دقة المنطق وفى متانة الصياغة وفى القابلية للتطور . وهو مثله صالح أن يكون قانونا عالميا بل كان بالفعل قانونا عالميا يوم امتدت دولة الاسلام من أقاصى البلاد الآسيوية الى ضفاف المحيط الاطلسى وكما أنبت القانون الرومانى بعد أن أحييت دراسته فى العصور الوسطى ، القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية الحديثة وهى القوانين التى تعيش أوربا فى ظلها كذلك الفقه الاسلامى إذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قمين أن ينبت قانونا حديثا لايقل فى الجدة وفى مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية ، ويكون هذا القانون مشتقا من الفقه الاسلامى اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الرومانى العتيق .

هذه هى عقيدتى فى الفقه الاسلامى تكونت لا من العاطفة والشعور فحسب بل تضافر فى تكوينها الشعور والعقل ومكن لها شيء من الدرس . وأكثر ما كان درسى للفقه الاسلامى عند وضع القانون المدنى العراقى . فإن هذا القانون كما قدمت مزاج صالح من الفقه الاسلامى والقانون المصرى الجديد . فأتاح لى اطلاعى على نصوص الفقه الاسلامى ، سواء

كانت مقننة فى المجلة ومرشد الحيران أو كانت معروضة عرضا فقهيا فى أمهات الكتب وفى مختلف المذاهب، أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الاصالة والابتداع وما يكمن فيه من حيوية وقابلية للتطور . وسيرى القارىء فيما يلى أمثلة من نصوص القانون العراقى تدل على صحة ما أقول عندما يقرأ نصوص الفقه الاسلامى موضوعة إلى جانب نصوص القانون المصرى الجديد وكأنما هذه وتلك مصدرها جميعا فقه واحد ، فقد تآلفت حتى لتأخذك الريبة فى أى النصين هو نص الفقه الاسلامى وأيهما هو نص القانون المصرى الجديد .

يقال عادة أن مصادر الفقه الاسلامى هى : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . أما الكتاب والسنة فهما المصادر العليا للفقه الاسلامى ، وقد قصدت بالمصادر العليا أن أقول أنها مصادر تنطوى على كثير من الحالات على مبادىء عامة ترسم للفقه اتجاهاته ، ولكنها ليست هى الفقه ذاته . فالفقه الاسلامى هو من عمل الفقهاء صنعوه كما صنع فقهاء الرومان وقضاته القانون الرومانى . وقد صنعوه فقها صميما ، الصياغة الفقهية وأساليب التفكير القانونى فيه واضحة ظاهرة فأنت تقرأ مسائل الفقه الإسلامى فى كتبه الأولى ككتب ظاهر الرواية لمحمد ، كما تقرأ مسائل الفقه الرومانى فى كتب فقهاء الرومان فى العصر المدرسى ، ثم تنتقل الى مرحلة التبويت والترتيب والتنسيق والتحليل والتركيب فى الفقه الاسلامى فتقف على الصناعة الفقهية فى أروع مظاهرها وفى أدق صورها . ثم يقول لك هؤلاء الفقهاء الاجلاء فى كثير من التواضع أن هذا هو الاجماع أو القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو ما شئت من المصادر التى ابتدعوها ، وأن الأصل فى كل هذا يرجع إلى الكتاب والسنة . والواقع من الأمر أنهم صنعوا فقها خالصا هو صفحة خالدة فى سجل الفقه العالمى .

كيف تكون دراسة الفقه الاسلامى :

وبعد هذه النظرة السريعة فى الفقه الاسلامى نرسم بايجاز المنهج الذى نقترحه فى دراسته لاحيائه وللنهضة به نهضة علمية صحيحة .

فالأساس فى هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة فيدرس الفقه الاسلامى فى ضوء القانون المقارن . ويعنى فى هذه الدراسة بأمرين جوهرين : (**أولهما**) : أن تدرس نشأة الفقه الاسلامى دراسة دقيقة ،

فيبحث كيف تكون هذا الفقه على مر الزمن وكيف تطور وبخاصة فى العصور التى سبقت عصر المذاهب الكبرى الأربعة . (**والأمر الثانى**) أن تدرس مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة ، السنى والشيعى والخارجى والظاهرى وغير ذلك من المذاهب ، دراسة مقارنة لتستخلص منها وجوه النظر المختلفة ، ولتتركز هذه الوجوه فى تيارات التفكير القانونى . ثم تتبلور فى اتجاهات عامة ، وتستكشف من وراء كل هذا قواعد الصناعة الفقيهة الاسلامية . ثم تقارن هذه الصناعة بصناعة الفقه الغربى الحديث ، حتى يتضح ما بينهما من الفروق ووجوه الشبه وحتى نرى أين وقف الفقه الاسلامى لا فى قواعده الاساسية ومبادئه بل فى أحكامه التفصيلية وفى تفريعاته فتمتد يد التطور الى هذه التفصيلات على أسس تقوم على ذات الفقه الاسلامى وطرق صياغته وأساليب منطقه . وحيث يحتاج الفقه الاسلامى الى التطور وحيث يستطيع أن يجارى مدنية العصر يبقى على حاله دون تغيير . وهو فى الحالين فقه اسلامى خالص لم تداخله عوامل أجنبية فتخرج عن أصله .

ومن ثم تكون موضوعات البحث الاساسية فى دراسة الفقه الاسلامى هى :

(١) تاريخ الفقه الاسلامى ، وبخاصة قبل عصر المذاهب .

(٢) أصول الفقه الاسلامى . على أن يعاد البحث فى النظرة التقليدية لهذه الأصول .

(٣) مقارنة مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة فيما بينها .

(٤) مقارنة الفقه الاسلامى بالقوانين الغربية الحديثة .

ولابد لهذه الدراسة من معهد خاص يتوفر على الأسباب اللازمة لنجاحها من أساتذة يتخصصون لها ، ومراجع يستعان بها ، وطلاب يتفرغون لهذه الدراسة وعندى أن خير جهة يلحق بها هذا المعهد هو جامعة الدول العربية ، فهى البيئة الطبيعية لهذه الدراسة التى تتفق مع ما ترمى الجامعة الى تحقيقه من أهداف عربية خالصة . بل أنى أرى ضرورة انشاء معهد ثقافى عربى جامع ، تنشئه جامعة الدول العربية لدراسة القومية العربية من نواحيها المختلفة ، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والجغرافية . فإذا ما أنشىء هذا المعهد الجامع كان معهد الفقه الاسلامى فرعا من فروعه المختلفة .

الغاية من دراسة الفقه الاسلامي :

والغاية من دراسة الفقه الاسلامى على النحو الذى قدمته هى أن تنتهى هذه الدراسة بعد عشرات من السنين إلى أن يتجدد شباب هذا الفقه ، وتدب فيه عوامل التطور فيعود كما كان فقها صالحا للتطبيق المباشر ، مسايرا لروح العصر وتكون نهضة الفقه الاسلامى هذه شبيهة بنهضة الفقه الرومانى فى العصور الوسطى وينبت الفقه الاسلامى قانونا مدنيا متطورا يجارى المدنية الحديثة . وينبثق هذا القانون الحديث من الشريعة الاسلامية كما انبثقت الشرائع اللاتينية والشرائع الجرمانية من الفقه الرومانى على ما سبق القول . وأحب أن أنبه فى هذا الصدد إلى أمرين :

(**الأمر الأول**) : أن القانون الحديث الذى يشتق من الفقه الاسلامى يجب أن يكون فى منطقه وفى صياغته وفى أسلوبه فقها اسلاميا خالصا ، لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية . فاننا إذا اقتصرنا على تقليد هذه القوانين على اعتبار أن هذه هى الغاية من تطور الفقه الاسلامى لا نكون قد صنعنا شيئا . ويكون الأولى لنا أن نقتبس مباشرة من القوانين الغربية أقول ذلك لأننى لاحظت أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصرون على إيراد نصوص من القوانين ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الاسلامى دون أن يراعوا فى ذلك أصول الصناعة فى هذا الفقه ، ثم ينتهون من هذا البحث السطحى إلى أن نصوص القوانين الغربية هى الشريعة الاسلامية ذاتها . مثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمى الصحيح ، وليس من ورائه كسب يذكر لا للفقه الاسلامى ولا للقوانين الغربية . وهو عمل سهل ولكن نفعه ضئيل محدود .

والواجب أن تدرس الشريعة الاسلامية دراسة علمية دقيقة وفقا لأصول صناعتها ولا يجوز أن نخرج على هذه الأصول بدعوى أن التطور يقتضى هذا الخروج . ولا ينبغى أن نخشى من أن دراسة الشريعة الاسلامية على هذا الوجه العلمى الصحيح قد يؤدى إلى أن نكشف قصورها عن أن تتطور وأنها تضيق بما استجد من حاجات المدنية . ذلك أن هناك مصدرا معترفا به من مصادر الشريعة الاسلامية وهو الاجماع ، لم ندرك حتى اليوم خصوبته ومقدار ما يستطيع أن يواتى به هذه الشريعة من عوامل التطور . فالاجماع كمصدر للفقه الاسلامى كان فى أول أمره مقصورا على عرف أهل المدينة . ثم تطورت فكرة الاجماع فجاوزت هذا النطاق الضيق

الى ما أجمع عليه الفقهاء فى عصور ثلاثة: عصر الصحابة، وعصر التابعين، وعصر تابعى التابعين. ثم اتسعت الفكرة فأصبحت هى إجماع الفقهاء فى أى عصر وفى أى بلد. والفكرة على هذا الوجه منتجة خصبة يمكن الانتفاع بها إلى مدى بعيد فى تطوير الفقه الاسلامى. فالقائمون بدراسة هذا الفقه على النحو الذى قدمناه عليهم أن يجتهدوا فى استنباط الأحكام التى تلائم هذا العصر وفقا لأصول الصناعة الفقهية الاسلامية. ومتى أجمعت كثرتهم على رأى أصبح هذا الرأى جزءا أصيلا من الشريعة الاسلامية، يستمد وجوده من الاجماع. ونكون بذلك قد جددنا فى أحكام الشريعة الاسلامية دون أن نخل بأصولها أو ننحرف عن مصادرها.

(**والأمر الثانى**): أن القانون المدنى العراقى الجديد يمهد تمهيدا حسنا لدراسة الفقه الاسلامى، ففيه وضعت نصوص هذا الفقه الى جنب نصوص القوانين الغربية الحديثة ممثلة فى القانون المصرى الجديد. فتلاقى النظام الاسلامى بالنظام الغربى. ونستطيع أن نستخلص من هذا التلاقى أين يتفق النظامان وأين يختلفان. والمطلع على نصوص القانون العراقى لا يلبث أن يلاحظ أن نصوص الفقه الاسلامى وقد تلاقت مع نصوص القانون المدنى المصرى لاتعدو وجوها خمسة:

(١) فهى فى بعض المواطن تشق طريقها مرسلة على سجيتها، فتبدع من الأحكام ما ترفع به الى مستوى لا يقل عن مستوى القانون المدنى المصرى. فيحتفظ القانون العراقى بأحكام الشريعة الاسلامية كما هى دون تغيير.

(٢) وهى فى مواطن أخرى تجارى نصوص القانون المدنى المصرى مجارة تامة. فهنا أيضا يحتفظ القانون العراقى بها كما هى.

(٣) وهى فى بعض الحالات لا تجارى هذه النصوص الا مجاراة قاصرة، فيستكمل القانون العراقى بهذه ما تقصر تلك عن بلوغه.

(٤) وهى فى حالات أخرى تسكت عن الحكم فيملأ هذا الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى.

(٥) وهى أخيرا تعارض نصوص القانون المدنى المصرى، فتفضل هذه عليها لأنها أصلح للعصر الذى نعيش فيه.

فمثل ما تبتدعه الشريعة الاسلامية ، مرتفعة فيه إلى مستوى لايقل عن مستوى القانون المدنى المصرى نظرية بطلان العقد . فعند فقهاء الشريعة الاسلامية العقد يكون باطلا أو فاسدا أو موقوفا أو نافذا أو لازما . والقانون المدنى المصرى مقتديا فى ذلك بالقوانين الغربية الحديثة ، يجعل العق إما باطلا أو قابلا للابطال أو صحيحا لازما أو غير لازما . وليس هنا مكان المقارنة ما بين هاتين النظريتين . وبحسبى أن أقرر أن نظرية الفقه الاسلامى لاتقل فى الدقة والتدرج المنطقى وحسن الصيغة وقوة الصنعة عن نظرية القوانين الغربية . ومن ثم استبقاها القانون المدنى العراقى ولم يعدل عنها إلى النظرية الغربية .

ومثل ما تجارى فيه نصوص الفقه الاسلامى نصوص القانون المدنى المصرى مجارة تامة ، فنقلت نصوص الفقه الاسلامى كما هى فى القانون المدنى العراقى ، ما جاء فى الأحكام العامة فى الباب التمهيدى اذ نصت المادة الثانية على انه « لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص » . ونصت المادة الثالثة على أن « ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » ونصت المادة الرابعة على انه « اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع . واذا زال المانع عاد الممنوع ، ولكن الساقط لا يعود » وغير من جوامع الكلم مما عبر فيه الفقه الاسلامى تعبيراً دقيقاً عن معان يقول بها القانون الحديث . ومن ذلك ما ورد المادة « ٨١ » من انه « لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان تعتبر قبولا » وما ورد فى المادة « ١٥٨ » من أن « أعمال الكلام اولى من اهماله ، لكن اذا تعذر أعمال الكلام يهمل » وفى المادة « ١٦٠ » من ان « المطلق يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة » ، وفى المادة « ١٦١ » من ان « الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر »

ومثل ما لاتجارى فيه نصوص الفقه الاسلامى نصوص القانون المدنى المصرى الامجاراة قاصرة ، فاستكملت تلك بهذه ، ما ورد فى المادة « ٧٤ » من بيان ما يرد عليه العقد وفقا للمعروف فى الفقه الاسلامى ، ثم ما ورد فى المادة ٧٥ من استكمال ضرورى للاحكام المتقدمة . فنصت المادة « ٧٤ » على انه « يصح أن يرد العقد » :

(١) على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض بيعا أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو استهلاكها بالانتفاع بها قرضا .

(٢) وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض ايجارة أو بغير عوض اعارة.

(٣) وعلى عمل معين أو على خدمة معينة ثم نصت المادة ٧٥ على انه يصح ان يرد العقد على اى شئ اخر لايكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام او للاداب». ومثل ذلك ايضا ما ورد فى المادة «٧٧» عن الصيغة التى يصح التعبير بها عن الايجاب والقبول وفقا لاحكام الفقه الاسلامى ثم ما ورد فى المادتين ٧٨ و ٧٩ من استكمال ضرورى لهذه الاحكام وفقا لنصوص القانون المدنى المصرى. فنصت المادة «٧٧» على ان «الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد، واى لفظ صدر اولا فهو ايجاب والثانى قبول. ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضى، كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اريد بهما الحال». ثم نصت المادة «٧٨» على ان صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد ينعقد فى العقد وعدا ملزما اذا انصرف الى ذلك قصد العاقدين. ثم نصت المدة «٧٩» على ان «كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى، وباتخاذ اى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى». وهناك امثلة كثيرة اخرى نجتزىء لضيق المقام بالاشارة الى بعضها. فالحق العينى والحق الشخصى، والوعد بالتعاقد، وعيوب الارادة، والفسخ، والعمل غير المشروع، والحق فى الحبس للضمان، وحوالة الدين، والبيع، والهبة، والشركة، والصلح، والايجار والكفالة، والملكية، والرهن الحيازى، كل هذه موضوعات امتزجت فيها نصوص الفقه الاسلامى بنصوص القانون المصرى الجديد.

ومن أمثلة ما سكتت عنه نصوص الفقه الاسلامى، فملء الفراغ بنصوص من القانون المدنى المصرى، التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، والدعوى غير المباشرة، والذعوى البوليصية، ودعوى الصورية، والتضامن، وحوالة الحق، والاثبات، وبعض العقود المعينة، وحق المنفعة، وحقوق الارتفاق والرهن التأمينى، وحقوق الامتياز.

والامثلة على ما تعارضت فيه نصوص الفقه الاسلامى مع نصوص القانون المدنى المصرى ، ففضلت هذه على تلك ، قليلة العدد . نذكر منها* التعامل فى الشيء المعدوم ، والفوائد ، والكسب دون سبب .

والذى يعنينى ان اقرره هنا انه ليس مطلوبا - بل ولا محتملا - ان تنتهى دراسة الفقه الاسلامى الى ان يكون صورة مطابقة للقانون المدنى العراقى . فهذا القانون انما هو مزيخ من الفقه الاسلامى والقانون الغربى ، فلا هو فقه اسلامى خالص ولا هو قانون غربى محض . والذى نبتغيه من دراسة الفقه الاسلامى ان نبقيه فقها اسلاميا خالصا . فليس المقصود اذن ، حيث يتلاقى الفقه الاسلامى والقانون الغربى فى نص واحد أن نخرج القانون الغربى فنجعله فقها اسلاميا ، ولا ان نخرج الفقه الاسلامى فنجعله قانونا غربيا ، بل ولا ان نستبقى الفقه الاسلامى على حالة . فقد ينتهى بنا الدرس الى شيء من هذا أو الى كل هذا أو الى شيء غير هذا . والهدف الذى نرمى اليه هو تطوير الفقه الاسلامى وفقا لاصول صناعته ، حتى نشتق منه قانونا حديثا يصلح للعصر الذى نحن فيه . فاذا استخلصنا هذا القانون فى نهاية الدرس وابقيناه دائم التطور حتى يجارى مدنيات العصور المتعاقبة . فقد تكون احكامه فى جزء منها ، قل او كثر ، مطابقة لاحكام القانون المدنى العراقى ، او لاحكام القانون المدنى المصرى الجديد او القانون العراقى الجديد الا قانونا مناسبا فى الوقت الحاضر لمصر والعراق . والقانون النهائى الدائم لكل من مصر والعراق بل ولجميع البلاد العربية انما هو « القانون المدنى العربى » الذى نشتقه من التشريعة الاسلامية بعد ان يتم نطورها . وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت ، فيأتى القانون ليدعم من وحدتها وقد يكون فى طريقها الى التوحيد ، فيكون القانون عاملا من عوامل توحيدها ، ويبقى على كل حال رمزا لهذه الوحدة .

عبد الرزاق أحمد السنهورى

La Responsabilité Délictuelle dans le Droit Egyptien

Dans cette étude sommaire nous nous bornerons à tracer les grandes lignes de la responsabilité délictuelle dans la jurisprudence égyptienne (1). Nous prendrons comme base le fondement même de cette responsabilité, la faute, et, en nous plaçant au point de vue du droit français et du droit égyptien qui en dérive, nous examinerons successivement la responsabilité à base de faute prouvée, la responsabilité à base de faute présumée et la responsabilité sans faute (à base de risque).

PREMIERE PARTIE
RESPONSABILITE A BASE DE FAUE PROUVEE

Sur cette question le droit égyptien se rapproche beaucoup du droit français; les principes de ce dernier système se trouvent affirmés à maintes reprises par la jurispnudence égyptienne. Celleci-ci décide constamment que le demandeur doit fournir la preuve, non seulemenr du dommage subi, mais aussi que celui-ci est imputable à une faute du défendeur. Cette preuve, se raportant à un fait, peut être administrée par tous les moyens (11 mars 1893, B. 9. 196).

La faute, première condition de responsabilité, n'est nullement définie par les disposition des codes égypyiens, elle tombe dans l'appréciation souveraine du juge (23 nov. 1892, B. 5. 23). Comme directive, on prend la conduite d'un homme prudent qui, pour agir en société sans engager sa responsabilité. doit prendre toutes les précautions raisonnables pour ne nuire à personne. En règle générale, celui qui injustement porte atteinte à la sécurité, à la réputation ou aux biens d'autrui doit en répondre et fournir une réparation. C'est ainsi que la jutisprudence égyptienne condamne

(1) Dans les références faites aux recueils de la jurisprudence égyptienne, nous avons employé les abréviations suivantes

B. = Bulletin de Législation et de Jurisprudence Mixte;

G. = Gazette des Tribunaux Mixtes;

R. O. = Bulletin officiel des Tribunaux Indigénes.

l'agression par voies de fait, l'imputation diffamatoire, l'atteinte à la propriété, la concurrence déloyale, la séduction amenée par des manceuvres dolosives ou par une contrainte morale, la rupture d'une promesse de mariage, la communication d'une maladie contagieuse, ete., etc.. En ce qui concerne la faute des professionnels (ex. médecins et avocats), la jurisprudence dans le but de ne pas trop s'ingérer dans l'appréciation des méthodes scientifiques, et pour laisser aux hommes de science une certainr liberté d'action, ne déclare en général leur responsabilité engagée que par une faute lourde résultant par exemple d'une ignorance ou d'une négligence indiscutable (pour les médecins : 29 février 1912, B. 24.166; pour les avocats : 10 février 1927, B. 39.235). Les tribunaux en Egypte rattachent la théorie de l'abus du droit à l'idée de faute; ils exigent en principe l'intention de nuire ou une erreur grossière dans l'exercice d'un droit, ils retiennent des abus en matière de propriété (12 nov. 1929, B. 42.25), dans les rapports entre patrons et employés (19 nov. 1929, B. 42.41), en matière de recours à la justice (13 déc. 1923, B. 36.84), dans la demande en déclaration de faillite (Trib. Comm. Alexandrie 25 juin 1923, G. XV, 159.263), dans la défense simplement dilatoire (26 nov. 1924, B. 36.436), etc., etc. Pour commetre une faute, on doit être capable de discernement (art. 212. C. C. Mixte; 24 mai 1922, B. 34.436), mais la capacité contractuelle n'est pas nécessaire (6 avril 1882, Borelli art. 213.11). Les personnes juridiques, publiques et privées, peuvent être teneues d'une responsabilité délictuelle; cette responsabilité n'est pas directe, elle découle de leur qualité comme commettants (1er fév. 1921, G.XI.92.127). La responsabilité peut être exclue par une cause étrangère, justifiée par des circonstances pariculiéres, ou prévue par des clauses d'exonération. Les causes étrangères qui excluent la faute sont: 1°) le cas fortuit et la force majeure, deux termes employés indifféremment par la jurisprudence (8 février 1911, B. 23. 159); 2°) la faute de la victime (18 avril 1927, B.29. 378), ou son consentement (22 juin 1898, B. 10. 328); en cas de faute commune. les tribunaux réduisent le chiffre des dommages-inétêts (Cour Ind. 31 dés. 1912, R. O. 14. 35. 65); 3°) la faute d'un tiers : il y a là une cause d'exonération que l'on rapproche du cas fortuit (Cour Ind. 20 mars 1907, Houkouk 22 p. 275). Comme circonatances justificatives de faute, nous citons l'état de légitime défense, l'état de nécessité et la contrainte morale. Quant aux clauses d'exonétation de responsabilité, la jurisprudence égyptienne semble être en divergence avec la jurisprudence française : elle ne permet pas de s'exonércr même de sa responsabilité d'une faute légère (30 dés. 1908, B. 21. 93; 6 mai 1926, B. 38396). Pour le transport gratuit la jurisprudence change d'attitude : elle ne se contente pas

de valider une clause expresse d'exonération; elle présume même que le bénéficiaire d'un transport gratuit a accepté les risques prévisibles provenant d'une faute légère du transporteur; celui-ci ne serait donc responsable que de sa faute lourde (13 nov. 1930, B. 43. 22). on peut, au moyen d'un contrat d'assurance, se garantir contre la responsablitité de ses fautes légères, prouvées ou présumées; par contre on ne peut pas s'assurer contre son dol ou sa faute lourde, à moins que ce ne soit pas son fait personnel, mais celui d'une personne dont on est responsable (arg. Trib. Civ. Caire 23 mai 1929, G. XX. 189. 176) . Aucun privilège ou action directe n'existe en droit égyptien, au profit de la victime, à l'égard de l'indemnité d'assurance.

L'existence d'un préjudice à réparer est la deuxiéme condition de la responsabilité délictuelle. Le dommage doit étre actuel. mais en cas d'éventualités incertaines qui pourraient aggraver le préjudice actuel, le tribunal aurait la faculté de réserver tout droit à un supplément d'indemnité (19 avr, 1899, B. XI, 188). Aprés quelques hésitations, la jurisprudence égyptienne a admis, le principe de la réparation du préjudice moral (Cour Ind. 8 déc, 1908, B. O. X. 89), mais la tendance est plutôt vers une allocation modérée d'indemnité (21 mars 1906. B. 18 160); pour la réparation du dommage moral collectif, étant donné que le régime des syndicats et des associations n'est pas encore législativement organisé en Egypte, la question ne parait pas avoir occupé les tribunnaux. Les héritiers de la victime peuvent demander une réparation en droit propre en raison du préjudice, matériel ou moral, personnellment éprouvé par eux (11 fév. 1914, B. 26. 218; 29 nov. 1923, B. 36. 58); dans ce cas la loi successorale est sans application (24 mai 1905, B. 17. 296). En outre, les héritiers recueillent, en cette qualité dans le patrimoine de la victime, son droit à la réparation: dans ce cas chaque héritier obtient sa part héréditaire (1° déc, 1915, B, 28. 27). Le montant de l'indeminté que la victime pourrait obtenir est apprécié souverainement par le juge, en raison du dommage subi. La réparation consiste, en général, en une somme d'argent soit en capital soit en rente (5 juin 1612, B. 24.388), mais rien n'empêche que ce soit une réparation en nature. Entre les coauteurs d'une mème faute, il y a solidarité établie par un texte (art. 150/211) (2); cette solidarité existe, bien que le jugement ne la pronoce pas formellement (13 Avr. 1904, B. 16.189). Si la victime d'un fait dommageable était assurée, elle pourrait exercer son recours à la fois contre l'assureur et contre l'auteur du dommage, mais elle

(2) Dans les références aux articles des Codes, le 1er chiffre désigne l'article du Code Indigène et le 2nd, celui du Code Mixte.

ne peut encaisser une double indemnité; son droit serait épuisé par l'exécuion contre l'un d'eux, et sous réserve pour l'assureur qui a payé son recours contre l'auteur du dommage (29 avril 1924, journal des Trib. Mixtes 1925, p. 382).

Il faut, comme troisième et derniée condition de la responsabilité délictuelle, qu'il y ait un lien de causalité entre la faute invoquée et le dommage subi (11 dée. 1912, B. 25.58). Le dom mage doit être la conséquence directe de la faute; le juge n'accorde aucune réparation pour le dommage indirect (Cour Ind. 22 oct. 1924, Charaî 2.31.47). Lorsqu'un accident se produit à la suite de deux faits successifs, si le second est la conséquence du premier, celui-ci est le fait générateur et la responsabilité doit atteindre son auteur (13 avril 1910, B. 22.260). Tout dommage direct doit être réparé, prévu on imprévu, sans distinction entre le délit et le quasi-délit; mais en pratique,les tribunaux appliquent le principe d'équilibre entre le degré de culpabilité et la réparation dûe (9 avr. 1903, B. 15.238).

DEUXIEME PARTIE
RESPONSABILTE A BASE DE FAUTE PRESUMEE

1. Responsabilité du fait d'autrui.

A. Responsabilité du fait des personnes que l'on a sous sa garde.

On est responsable, d'après les articles 151 (al. 2) /213 « Si le dommage causé à un tiers provient de négligence, d'imprudence ou de défaut de surveillance des personnes que l'on a sous sa garde».

Malgré l'obscurité de ce texte, il semble que le législateur égyptien a envisagé deux hypothèses distinctes, qu'il convient de séparer : 1°) La responsabilité à raison de la négligence ou de l'imprudence (art. 1383 C.C. Fr.);2°) la responsabilité à raison de défaut de surveillance des personnes que l'on sous sa garde (art. 1384 C.C. Fr.). C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse ici (v. dans le même sens De llults n° 4 ot s.; zohni n° 723 et s.; Bestawros p. 445 note 2).

Cela revient à dire que le législateur a posé le principe de la responsabilité des faits des personnes que l'on a sous sa garde, mais (d'ou une innovation à constater) sans toutefois limiter la liste de ces personnes comme avait fait le législateur français.

Cela a permis à la jurisprudence ct à la doctrine d'appliquer ce texte non pas seulemcnt dans les cas spéciaux envisagés par le Code Civil français (enfant, éléve, apprenti), mais auussi à tous les autres cas où une personne est mise sous la garde d'une autre. C'est ainsi que le tuteur est responsable des fautes de son pupille, les grands parents de celles de leurs

petits; on est même allé jusqu'à rendre le mari responsable des fautes de sa femme. (24 déc. 1925, B. 38.137; 18 nov. 1926, B. 19.21; De Hults n° 86; Zohni n° 831).

L'idée de garde est conçue comme une question de fait; le lien de parenté ne suffit pas à lui seul, si le père n'a pas la garde effective de son enfant: c'est ainsi qu'il n'est pas responsable d'un accident commis par sno fils, même mineur, dans l'exercice de son métier de chauffeur, celui-ci n'étant pas sons sa garde (Trib. Somm. de port-Saïd 15 juin 1929, G. XX, 191. 177).

La responsabilité en question a pour base une faute présumée : le défaut de surveillance; mais la présomption est réfraga ble (De Hults, n°90 et 94; Zohni, n°834).

Cependant un arrêt récent de la Cour Mixte a décidé que le droit égyptien n'établit aucune présomption légale dans cette matière, de sorte qu'il incombe à celui qui prétend à une indemnte d'établir le défaut de durevellance qui est le seul fondement de la responsabilité (8 mail 1930, B. 42.986). A l'appui de cette thèse, on pourrait soutenir que contrairement au texte du Code Français (art. 1384 al. 5) le texte des Codes Egyptiens ne permettrait de déduire aucune présomption légale. pourtant, il semble hardi de soutenir que le législateur égyptien a voulu se départir de son modèle, le Code Français sur un point aussi important, sans s'exprimer d'une feçon plus nette.

B. – Responsabilite des commettants à raison des faits de préposés.

Le droit égyptien rend une autre catégorie de personnes responsables du fait d'autui. Art. 152/214. « Le maître est responsable du dommage causé par ses serviteurs, quand ce dommge a été causé par eux en exerçant leurs fonctions ».

Bien que le législateur égyptien n'ait pas envisagé expressément le cas du commettant, la doctrine et la jurisprudence en Egypte ont compris le mot maître dans un sens très large d'autant plus que les mots «serviteurs» et « fonctions » s'adapent si peu à la notion restreinte de maître (20 déc. 1923, B. 36. 104; de Hults n°100; Zohni, n°839).

Ces articles étant reproduits de l'article 1384 C.C. Fr., la jurisprudence invoque la faute consistant dans le défaut de surveillance et le mauvais choix comme fondement de cette responsabilité; celle-ci est d'ailleurs retenue, sans qu'il y ait besoin d'administrer la preuve de la faute du commettant; sa faute est présunée (3 mai 1917, B. 29. 404; 8 mai 1930, B. 24.486). On a èu recours parfois, mais d'une façon accessoire à l'idée de

risque pour expliquer cette responsabilité (C.M. 16 Mars 1922, B. 34. 290; 7 mai 1925, B. 37.415), mais on se tient généralement à l'idée de faute présumée.

Cette présomption de faute semble irréfragable, bien que les Codes égyptiens soient muets à cet égard. Cette solution se dégage de l'ensemble des décisions de justice qui se sont toujours préoccupées de savoir uniquement s'il y a faute de la part du préposé (Bestawros art. 214 n° 8). La question a été d'ailleurs tranchée nettement dans ce sens par un arrêt récent de la Cour indigène de Cassation (27 mars 1930, B.O. 31,67).

D'où la constatation que les articles 152/214 énoncent un cas de responsabilité du fait d'autrui proprement dit.

Trois conditions sont exigées pour appliquer les art. 152/214 :

1°) Qu'il y ait une faute de la part du préposé;

2°) Qu'il existe un lien de préposition entre le préposé et le commettant;

3°) Que la faute du préposé soit commise dans l'exercice de ses fonctions.

On s'est servi du fondement de cette responsabilité pour fixer le critérium par lequel on constate le lien de préposition. C'est toujours le fait d'avoir choisi librement le préposé et d'exercer sur lui une certatine autorité le mettant sous les ordres et la surveillance du maître, qui. crée ce line. Le choix libre se précise par le droit de révocation (Cass. Ind. 27 mars 1930, B.O. 31.67); l'autorité se caractérise par l'état de subordination physique dans lequel se trouve le préposé. La jurisprudence, qui a recours à l'idée de risque pour expliquer cette responsabilité, tient en considération la dépendance éconmique pour dégager le lien de préposition : « est préposé l'entrepreneur qui ne peut vivre de ses propres moyens sans le concours du maître auquel il est attaché »; mais ce point de vuene paraît pas prévaloir.

l'état de subordination étant une situauion de fait, on en conclut que le caractère du contrat qui le crée est indifférent Ce peut être un contrat de louage de service.

c'est par exemple, le patorn qui est responsable d'un accident dû à la négligence de son cocher (8 juin, 1910, B. 22.360), c'ect le propriétaire qui répond de la faute du portier choisi et surveillé par lui, bien que rétribué par les locataires (4 févr. 1897, B. 9.149; 21 nov. 1929, B. 42.99), c'est l'Etat qui est poursuivi pour les actes illicites de ses employés dans l'exercice de leurs fonctions (C. Ind.11 déc. 1912, B.O. 14.36;66; Cass. Ind. 27

mars 1930, B.O. 31. 67; C.M. mai 1906, B. 18.298; 28 févr. 1917, B. 29.258).

Mais ce peut étre un contrat d'entreprise. Ce contrat se noue souvent entre des personnes réciproquement indépendantes, et par conséquent ne crée pas le lien de préposition (10 mai 1911, B. 23. 306), mais il se peut que ce lien se dégage exceptionnellement de ce contrat si le maître s'est réservé un droit de direction et de surveillance sur l'exécution des travaux confiés à l'entrepreneur (17 janvier 1929, B. 11 182). Mais la clause de surveillance générale réservée au profit du maître, aux fins de contrôler la loyale exécution des engagements de l'entrepreneur, ne confère pas à celui-là la qualité de commettant (3 janvier 1929, B. 41. 152).

On admet également que le contrat de mandat peut créer cette situation (4 février 1930, B. 42.249; 6 mai 1926, B. 38.393), une société répond des délits de son gérant dans la gestion des affaires sociales (30 juin 1923, B. 35. 189). La situation de subordinatuon peut aussi se trouver même en dehors de tout contrat.

On n'a pas mis en relief le cas du préposé technique (médecin, pharmacien, mécanicien). Pourtant on s'est gardé d'attacher la qualité de préposé aux médecins (15 févr. 1911, B. 23. 183), en se fondant, à cette considération que le maître n'intervient et ne peut intervenir dans la façon de soigner les malades. Mais on a, par ailleurs, exigé la responsabilité du propriétaire à raison des fautes de son pharmacien, en se fondant sur le défaut de surveillance présumé; le fait que ce défaut de surveillance provient de l'incapacité technique a été jugé sans effet (16 mars 1927, B. 34.240).

On s'est servi également du critérium de subordination pour attribuer la qualité de maître ou commettant dans les cas où le préposé a été prêté à un tiers susceptible de devenir son commettant. On essaie de déduire des éléments de fait si ce prét a conféré au nouveau maître l'autorité sur le preposé (18 nov. 1926, B. 39. 21), ou si celui-ci reste bel et bien pendant l'exercice du travail qu'il effectue pour le tiers,sous l'autorité du maître originaire (19 mars 1913, B. 25.239).

La jurisprudence entend la notion de fonction d'une façon exteunsive. Tout d'abord on ne tien pas à la notion précise de l'exercice des fonctions. Il suffil que l'acte dommageable se produise à l'occasion des services auxquels le préposé est employé (2 mai 1906, B. 18.231; 20 ost. 1923, B.

36.104). Bien plus, la rasponsabilité du commettant est établie non seulement lorsque le préposé exerce ses fonctions habituelles, mais même lorsque ce dernier, bien que sortant de ses attributions normales, agit pour le compte de son commettant et dans son intérêt. La responsabilité est également retenue lorsque le préposé a agi à l'insu ou même à l'encontre des ordres du commettant; celu-ci ayant dans ce cas, à se reprocher d'avoir donné sa confiance à une personne imprudente et de n'avoir pas exercé sur elle une surveillance suffisante (20 mai 1903, B. 15.307 : 20 déc. 1923, B. 36.104; Trib. Ind. Beni-Souef 31 janv. 1921, B.O. 23.55. 87). Mais la responsabilité cesse lorsque les tiers ont su, ou dû savoir, que le préposé n'agissait pas dans l'exercice de ses fonctions (5 janvier 1916, B. 28. 91; Trib. Comm. Caire 28 mars 1930, G. XX.200. 192).

L'idée semble donc être celle-ci: même en dépassant ses attrributions, le préposé engage la responsabilité de son maître, lorsque sa situation comme préposé lui facilite l'acte dommageable. Toutefois la connaissance par le tiers lésé de l'excés commis par le préposé rejette le fait dommageable en dehors des fonctions.

Comme conclusion, on peut constater que jurisprudence égyptienne, à l'instar de la jurisprudence francaise tend à élargir la responsabilité du commettant, en faisant appel à l'idée de risque et en ayant recours à la dépendance économique. et ensuite par une interprétation également extensive de la notion de fonction, en y comprenant des actes qui n'entrent pas dans le cadre normal de l'exercice de la fonction.

L'action récusoire que pourrait exercer le commettant contre son préposé fautif dans le cas où le dommage est dû exclusivement à la faute de celui-ci, ou bien dans le cas où il est dû à une faute commune du préposé et du commettant, n'a pas été soulevée en jurisprudence. Mais on peut affirmer que l'admission de cette action n'est pas douteuse, étant donné l'idée de faute sur laquelle cette responsabilité est fondée. L'action est d'ailleurs admise par la doctrine (Zohni p. 123).

Il va sans dire que l'action que le tiers pourrait éxercer contre le commettant n'exclut pas la responsabilité du préposé, celui-ci étant solidairement responsable avec son commettant.

Il est à remarquer que la responsabilité du commettant n'est pas écartée, lorsque la victime de la faute du préoposéest également un préposé du même maitre (comparer la notion de «Common employement» en droit anglais).

II. Recoponsabilité du fait des choses.

A. — Responsabilité du fait des animaux:

D'aprés les articles 153/215, le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est également responsable du dommage causé par l'animal qu'il a sous sa garde ou qu'il a laissé échapper.

Cette responsabilité a pour base une faute présumée : défaut de surveillance. Elle ne comporte aucune limitation, en dehors de l'excuse tirée de la force majeure ou d'une faute de la victime (27 nov. 1902), B. 15. 18; C. Ind. 30 oct. 1923, B.O. 25. 95) Elle pése sur la personne qui a la garde de l'animal (26 janv. 1921, B. 33. 154); si le gardien est lui-même le préposé d'un commettant, celui-ci devient responsable en vertu des articles 152/214 (27 mars 1907, B. 19. 187).

La responsabilité du gardien est engagée bien que le dommage ne soit pas occasionné par l'animal de son propre mouvement; cependant un arrêt dans le sens contraire établit que si l'animal était conduit ou monté par un homme, c'est le fail de l'homme qui est cause du dommage, et sa responsabilité n'est engagée que si on prouve une faute à sa charge (3 janv. 1906, B. 18.83).

B. — Responsabilité du fait des batiments :

En Egypte, dans l'absence de tout texte visant cette responsabilité, la jurisprudence a appliqué le droit commun. Elle décide bien qu'en général le propriétaire est responsable du préjudice causé par le mauvais état de son immeuble résultant soit d'un vice de construction, soit d'un défaut d'entretien (8 févr. 1911, B. 23. 160), mais, à la différence du droit fançais quiétablit une présomption de faute, c'est en vertu d'une faute prouvée à sa charge (17 mars 1927, B. 39.334). De cette première différence découle une seconde : du moment qu'il faut prouver une faute à l'encontre de la personne responsable, celleci ne peut être que le gardien de l'inmeuble, propriétairc ou non; c'est ainsi que pendant la construction d'un immeuble dont la garde est confiée à un architecte, c'est celui-ci qui est responsable (5 janv. 1928, B. 40. 122); il a été également décidé qu'en cas d'écroulement d'un immeuble appartenant à des mineurs, seul, le tuteur en fonctions peut être recherché en responsabilité (6 févr. 1930, B. 42.258); le possesseur de bonne ou de mauvaise foi se conduisant en propriétaire est également

responsable (C. Ind. 17 févr. 1915, Charaïe 2.200 184; 17 déc. 1925, B. 38. 112; voir cependant deux décisions : 25 janv. 1910, B, 22. 108; Trib. Civ. Caire 12 avril 1915, G., V. 121. 301, où le propriétaire, et non pas le gardien, est en responsabilité).

Nous verrons, plus loin, qu'en fait la jurisprudence égyptienne, en dépit de ces différences plutôt théoriques, arrive à peu près aux mêmes résultats que la jurisprudence française.

Notons, en terminant, qu'en droit égyptien, contrairement au droit français. la responsabilité du bailleur d'un immeuble pour un dommage causé au locataire, et provenant d'un vice de l'immeuble loué, est une responsabilité délictuelle; c'est au locataire qu'incombe la charge de preuve (17 avr. 1902, B. 14.252).

C. — Responsabilité du fait des choses inanimées :

En Egypte, où l'industrie est encore naissante et le système d'assurance peu développé le problème n'a pas rencontré des éléments favorables à l'élaboration des théories récentes qu'on trouve en France, surtout en l'absence de tout texte correspondant à l'art. 1384 al. 1 in fine C.C. Fr. La jurisprudence égyptienne pose comme principe qu'il ne peut être question d'admettre soit une responsabilité objective du gardien de la chose, soit une présomption légale à son encontre renversant la charge de la preuve (8 mai 1930, B. 42.486). C'est la négation formelle de la doctrine objective de risque, aussi bien que de la théorie subjective de faute présumée, et l'appication pure et simple du droit commun.

Ce principe est appliqué constamment par les tribunaux en Egypte. C'est ainsi qu'en cas d'accident d'automobiles, la victime doit rapporter la preuve de la faute (1er mars 1911, B. 23.202; 27 mars 1930, G. XX 188.175, etc. ctc.). En matière d'accidents du travail, la jurisprudence exige églement la preuve d'une faute à la charge du patron (24 jany. 1923, B. 35.181); s'il n'y a point de faute prouvée, ily a un risque professionnel dont le patron ne répond pas (C. Ind. 15 févr. 1927, B.O. 28.58); ily a même certaines industries dangereuses qui comportent des risques particuliers connus d'avance et acceptés par les ouvriers (C. Ind. 2 déc. 1913, B.O. 16.23.49; 19 mai 1928, B. 40.371). En matière de transport des personnes, la jurisprudence garde la même attitude; c'est ainsi que lorsqu'une compagnie de chemins de fer est assignée comme responsable d'un accident, c'est à la partie demaneresse seule qu'il incombe d'établir la faute qu'elle allègue à son encontre (3 janv. 1906, B. 18.82).

Quuelques décisions ont fait brèche au principe indiqué, en admettant l'idée d'une faute présumée (16 juin 1897, B. 9.388; 14 juin 1899, B. 11.280; 5 janv. 1928, B. 40.122; févr. 1928, B. 40.176; C. Ind.du Caire 10 avril 1927, B.O. 28.59), quelquefois sur la bose d'une responsabilité contractuelle (Trib. Som. Labban 21 févr. 1924, B.O. 26.93/1), ou bien par analogie à la responsabilité du fait des animaux (C. Ind Assiout 11 déc. 1928,B.O. 29. 130); mais ces décisions, bien que de plus en plus nombreuses dans ce dernier temps, n'ont pas encore fait jurisprudence.

En théorie, par conséquent, la jurisprudence égyptienne est encore fidèle à son principe qu'il n'y a point de faute présumée en cas de responresponsabilité du fait des choses. Mais, en pratique la rigueur de ce système est atténuée, en matière d'immeubles (ex. batiments) comme en matière de meubles, par deux palliatifs. D'une part, la jurisprudence se montre exigeante quant au devoir de surveillance qui incombe au gardien de la chose; le propriétaire d'un immeuble est tenu de prendre soit personnellement, soit par ses représentants (ex. un locataire, ou un gérant), des précautions pour que son immeuble ne devienne pas un danger pour les passants (28 janv. 1926, B. 38.210); le patron doit également veiller à sécurité de l'ouvrier et prévoir les causes non seulement habituelles, mais encore possibles d'accidents; il est ainsi responsable du vice ou défaut d'entretien du matériel (11 juin 1913, B. 25.450), d'un accident par suite d'un coup de foudre qui eût été évité si la cheminée avait été munie d'un paratonnerre (1er mai 1902, B. 14.278). D'autre part, la présomption de droit du systéme français est remplacée par des présomptions de fait, que la jurisprudence égyptienne est prompte à recueillir, lorsque les circonstances ayant causé l'accident sont de nature à faire par elles-mêmes supposer la faute (5 janvier 1928, B. 40.122; 14 novembre 1929, B. 4-34). Enfin, il convient de faire remarquer que la jurisprudence égyptienne est déjà entrée dans la même phase de tâtonnements que celle rencontrée par la jurisrudence française lorsqu'elle cherchait à trouver un fondement à la faute présumée dans l'idée de la responsabilité contractuelle (voir Trib. som. Labban 21 févr. 1924, précité), ou dans une interprétation extensive de la responsabilité du fait des animaux (voir C. Ind. Assiout 11 déc. 1928, précité).

TROISIEME PARTIE
RESPONSABILTE SANS FAUTE (Théorie du Risque)

En France, la théorie gagne chaque jour du terrain dans la doctrine. La jurisprudence ne l'a pas encore favorablement accueillie. Quant à la législation le mouvement a commencé par la loi du 9 avril 1898 qui a consacré l'idée du risque professionnel, à còté duquel le risque de navigation aérienne et le risque social ont été reconnus par diverses législations.

En Egypte aucune de ces formes n'a trouvé une consécration législative. L'ouvrier vit encore sous l'empire du droit commun, et doit rapporter la preuve d'une faute à la charge du patron. On prépare actuellement un code de travail, mais il n'est pas encore promulgué. La jurisprudence, en général, n'a pas adhéré à la théorie du risque, « qui n'a été introduite dans les législations étrangères qu'a la suite des lois spéciales comportant une série de restrictions et de garanties » (17 mai 1916, B. 28.334; 8 mai 1930, B. 42.486; C. Ind. Caire 15 févr. 1927, B.O. 28.58).

Il faut pourtant noter que quelques décisions audacieuses, dans la jurisprudence indigène aussi bien que dans la jurisprudence mixte, ont tenté d'introduire la notion du risque comme base de responsabilité en Egypte. La Cour d'Appel Indigène du Caire a établi, tout récemment, qu'étant donné le risque inhérent aux moyens de locomotion modernes, celui qui s'en sert doit être tenu pour responsable du dommage qu'il pourrait causer (10 avril 1927, B.O. 28.59). Deux jugements du tribunal civil mixte du Caire (14 juin 1927, G. XVIII. 233.295; 17 juin 1929, G.XX.195.188) décident qu'il n'est pas nécessaire. en matière d'accident de travail, qu'il y ait faute de la part du patron; il suffit que l'accident soit survenu à l'ouvrier pendant l'accomplissement de ses fonctions, la théorie du risque professionnel admise par les lois de tous les pays civilisés pouvant être appliquée en Egypte sur la base l'art. 11 (équité et droit naturel). Dans deux arrêts précités en matière de responsabilité des commettants (12 mars 1922; 7 mai 1925), la Cour Mixte a trouvé le fondement de cette responsabilité accessoirement dans une idée de risque Enfin l'arrêt du 17 déc. 1925, (B. 38.122) déclare que celui qui a les avantages de la propriété doit, même s'il n'est pas légalement propriétaire, en supporter aussi les charges et les risques. Ces décisions, isolées et pouvant s'expliquer par la notion classique de faute, ne se sont servies de l'idée du risque qu'a titre accessoire. Elles ne sont pas de nature à faire pénétrer la nouvelle théorie dans la jurisprudence égyptienne.

CONCLUSION.

De cette étude sommaire se dégagent les conclusions suivantes :

1°) La jurisrudence égyptienne, à l'exemple de la jurisprudence française, n'admet pas la théorie du risque; elle reste dans le cadre traditionnel de la faute.

2°) Avec la jurisprudence française, elle pose comme principe la nécessité de la preuve d'une faute à la charge de l'auteur du fait dommageable.

3°) Exceptionnellement, elle adment la faute présumée d'une façon irréfragable dans le cas de responsabilité du fait des préposés et du fait des animaux.

4[) Contrairemnt au système français, la responsabilité du fait des choses inanimées, meubles ou immeubles, a pour base, dans la jurisprudence égyptienne, une faute prouvée. Cependant cette différence est largement atténuée en pratique par la rigueur d'un devoir impérieux de surveillance incombant au gardien de la chose, et par le remplacement de la présomption de droit par des présomptions de fait. En outre des tentatives ont été déja faites par quelques tribunaux pour introduire la présomption légale, et mème la notion du risque.

Il est donc à prévoir qu'avec le développement de l'industrie en Egypte le progrès de l'organisation du système d'assurance, le législateur aussi bien que la jurisprusence, dans ce pays, se touveront amenés à admettre comme principe la faute présumée, voire mème à sortir complètement du cadre de la faute, et à faire appel à l'idée du risque, du moins en ce qui concerne la grande industrie.

Abdel Razzak A. El Sanhoury
Professeur de Droit Civil
à la Faculté de Droit
de l'Université Egyptienne.

M.H. Bahgat Badaoui
Chargé de Cours de Droit Civil
à la Faculté de droit
de l'Université Egyptienne.

L'UNIVERSITE EGYPTIENNE

au Congrès International de Droit Comparé de la Haye

par le PRÓFESSEUR EL-SANHOURY

(avec un extrait du compte rendu des délibérations
de la Section générale du Gongrès par prof. Ed. LAMBERT).

Au début du mois d'août dernier, le monde juridique a vu se réunir à La Haye un grand congrès international de droit comparé avec l'éclat et l'ampleur que mérite un congrès au sein duquel se trouvaient représentés cinquante cinq nations, dont trois-cent cinquante délégués assistaient à cette manifestation mondiale de coopération juidique internationale.

L'évènement est d'autant plus solennel qu'on a dû attendre plus de trente ans depuis le premier congrès de droit comparé, tenu à Pairs en 1900. A cette époque on n'était d'accord ni sur l'objet ni sur le but de cette science juridique naissante. La conception même du droit comparé, son rôle, sa méthode et son champ d'investigation étaient choses peu précises. Le congrè de 1900, dÛ à l'initiative du grand et regretté maitre, Raymond Saleilles, a pu arriver, dans ce domaine, à quelque précision[1]. Déjà la forte personnalité de notre éminent maître, le professeur Edouard Lambert, s'est fait sentir dans ce premier congrès. En face de la conception présentée par Saleilles de «droit commun de l'humanité civilisée», M. Lambert a opposé sa conception de «droit commun législatif», thèse qu'il a reprise, développée et mise en oeuvre dans son travail magistral «La Fonction du Droit Civil Comparé» [2]. M. Lambert est un des rares juristes qui ont eu le privilège d'assister aux deux congrès de droit comparé, séparés par une durée de trente ans, et de marquer ces deux réunions internationales de sa forte et géniale empreinte; il est, en quelque sorte, le parrain d'une science qu'il a vu naître, et qu'il voit aujourd'hui arriver à la première phase de sa mturité scientifique.

---

(1)Voir les procés-verbaux des séances et les documents du Congrès, Paris, Pichon et Durand-Anzias, 1905. Voir aussi l'excellente étude de M. Henri Capitant sur la conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles dans «L'OEuvre Juridique de R. Saleilles» Paris, 1914.

(2) Voir aussi son rapport au congrès de 1900: Procès-verbaux et documents pp. 26-60; son article «Une réforme nécessaire des études de droit civil»: Revue internationale de l'Enseignement, 1900.

Depuis le congrès de 1900, le droit compaé a gagné en précision. Les travaux d'ensenble ou sur des sujets particuliers se sont multipliés; les perspectives ouvertes se sont élargies. Elles se sont élargies, comme l'a bien fait remarquer M. Lambert dans un rapport auquel nous aurons l'occasion de revnir, sous l'action d'un triple courant d'idées: l'éveil de l'esprit international, la socialisation du droit et la création d'un corps de droit corporatif d'une humeur internationale bien marquée.

Le moment était donc propice à la réunion d'un congrès de droit comparé, qui mesurerait le chemin parcouru, préparerait le travail collectif des juristes des différents pays, dans cette atmosphère nouvelle de mentalité internationale sortie de la guerre. Et ce fut la part de l'Académie Internationaie de Droit Compare, fondée à Génève en 1924, puis transférée à La Haye, de se charger de la convocation de ce congrès mondial. M. Balogh, le secrétaire général, a saisi l'académie d'un projet de convocation du congrès à La Haye. Ce fut l'objet des délibératons de l'académie à sa session de 1929. C'est alors que M. Lambert a lancé son appel au monde juridique, sous la forme d'un rapport fait à la séance d'inauguration de la session de 1929 de l'Académie Internationale de Droit Comparé, rapport auquel nous avons déjà fait allusion, et dont la distrbution a grandement servi de propagande pour le congrès. L'Académie, en abressant à tous les corps scientifiques intéressés, y compris notre Faculté de Droit, y joignit un questionnaire leur demandant leurs avis sur la réalisabilité du congrès, et au cas de réponse affirmative, sur les dates et lieu à choisir pour sa réunion. Ces attentifs sondages, et le dépouillement des réponses à cette consultstion ont permis à l'Académie de décider, en pleine connaissance de cause, qu'il y avait lieu de réunir le congrès à La Haye en 1932, en laissant le soin d'assurer la réalisation à son bureau. On a conçu l'organisation de la réunion du congrès sur un plan vaste et étendu; il suffit pour s'en convaincre de se référer à ce que M. Lambert a écrit dans son rapport à ce sujet. «Pour qu'un congrès de droit comparé, dit-il, puisse amorcer le travil..., il faudra qu'il soit réellement international, c'est-a-dire qu'il attire des congressistes américains, et aussi des congressistes asiatiques, en méme temps que des congressistes européens; que la collaboration des juristes des deux groupes de pays européens ex-bélligérents y soit assurée dans un esprit d'équilibre et d'égalité; et qu'un appel insistant en vue de l'envoi de délégués, ou d'observateurs, soit adressé aux associations professionnelles, aux sociétés savantes et aux organinsmes administratifs universitaires ou corporatifs qui, dans les diverses régions de la communauté internationale, ont marqué intérêt ou curiosité à l'égard du droit comparé». Programme d'organisation, scrupuleusement exécuté, grâce à l'énergie du Secrétaire Général de

l'Académie, le professeur Elémer Balogh. Dès la fin de 1930, M. Balogh a provoqué la constitution dans un grand nombre de pays des comités natiomaux; il a pu rassembler plusieurs rapports venus des différents pays pour préparer la discussion des questions inscrites à l'ordre du jour du congrès, après avoir réuni comité de juristes qui a procéde à la répartition du travail entre les sections et l'établissement de l'ordre du jour de chacune d'elles. Aussi l'Académie Internationale de Droit Comparé lui-a-t-elle manifesté sa reconnaissance en le nommant Secrétaire Perpétuel.

★ ★ ★

J'ai été personnellement tenu au courant de ces projets, d'abord par mon cher maître, le professeur Ed. Lambert, puis par le Secrétaire Général de l'Académie, le professeur Balogh. Une invitation officielle pour participer au congrès ne tarda pas à venir à l'Université Egyptienne, invitation qui a été favorablement accueillie par notre conseil de faculté et par le conseil de l'université. C'est alors que notre Faculté a constitué un comité égyptien pour le congrès, composé d'un certain nombre de professeurs dont voici les noms: Cheikh Ahmed Ibrahim, Mohammed Saleh, Aly Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, El-Kolali, El-Rifaî, Bahgat Badaoui, Hamed Zaki, Zaki Abd El-Motaal et El-Sanhoury. Le travail entrepris par ce comité national, étant donné le peu de temps qui lui fut accordé, était considérable. Six rapports spéciaux ont été écrits sur les sujets suivants: 1). Relations historiques et ethnologiques des religions et du droit (Cheikh Ahmed Ibrahim et Aly Badaoui); 2). Principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques (Bahgat Badaoui et Sanhoury); 3). Formation et inexécution des contrats en général (Hamed Zaki); 4). L'ouverture de crédit (Saleh et Rifai); 5). l'application de la loi pénale d'un Etat aux infractions commises par des étragers hors de son terrotoire (Kolali); 6). Nationalité des sociétes de commerce (Riad).

Une délégation égyptienne, composée des professeurs White Ibrahim, Ali Badaoui, Mohammed Abdel Moneim Riad, Wadi Farag et El-Sanhoury, fut envoyée à La Haye pour participer aux travaux du Congrés. Cette participation a donné des résultats heureux. Elle était efficace dans toutes les bramches d'activité du Congrès, aussi bien dans le bureau que dans les diverses sections. Au bureau, j'ai eu l'honneur d'être nommé comme membre du Secrétariat Généal, place qui fut accordée plutôt à mon université qu'a ma personne. Dans les diverses sections du Congrès mes collègues et moi avons participé aux travaux, aux discussions des rapports et aux voeux émis. Plusieurs interventions ont été enregistrées au compte de la délégation égyptienne. Mais c'est surtout dans la Section Générale que la participation égyptienne a été la plus efficace. Nous avions un rapporteur

général, le professeur Badaoui, sur la quatrième question inscrite à l'ordre du jour de cette section, question relative aux relations historiques et ethonlogiques des religions et du droit. Tous les membres de la délégation ont assisté à la séance où eut lieu la discussion de ce rapport. Le président de la section, M. Lambert, en a parlé dans son compte-rendu, que je reproduirai un peu plus loin.

Mais je voudrais, ici, signaler un fait qui n'a pas passé inaperçu. Notre Faculté de Droit, qui compte derrière elle un passé glorieux dû aux efforts des éminents juristes, tels que le professeur Lambert, ancien directeur de la faculté, alors Ecole Khédiviale de Droit, en 1906, le professeur Sheldon Amos, directeur en 1913, le professeur Frederick Walton, directeur en 1917, a eu la bonne fortune de trouver ces savants distingués groupés au sein du Congrès, et réunis tous par un souvenir commun de leurs efforts fructueux pour le développement et le progrès de notre établissement scientifique, efforts continués par leurs successeurs égyptiens, toujours préoccupés par le noble souci de perpétuer les traditions de ces grands maîtres. Et c'est un fait à souligner que la place tenue au Congrès par nos anciens directeurs et professeurs a été de première importance, honneur dont l'Egypte revendigue naturellement sa part. C'est ainsi que le professeur Lambert a exercé une influence prépondérante dans la préparation du Congrès et à la présidence de la première section, la plus importante entre toutes. Mr. Walton a été, à la deuxième section, l'un des rapporteurs généraux de la sixième question: principes généraux de la responsabilité délictuelle; il a signé son rapport: formerly director the Royal School of Law of Cairo. Sir Amos a pris part active aux discussions des diverses questions, et l'un de nos anciens professeurs, M. Goadby, actuellement directeur des études juridiques du gouvernement de palestine, était l'un des rapporteurs spéciaux de la cinquième section pour la question 18: état comparé des lois en ce qui concerne le mariage civil, le mariage religieux et le mariage de facto. C'est en commémoration de ce souvenir touchant qui lie ces éminents professeurs à la mémoire de l'Egypte que la délégation égyptienne a offert une réception intime, qui a réuni les quatre éminents maîtres, et deux anciens magistrats qui ont mérité la reconnaissance de l'Egypte, M. Piola Caselli et M. Caloyanni; la délégation a également invité à cette réception M. Bustamanti, le président du Congrès, M. Lévy-Ulmann, le vice-président, M. Balogh, le secrétaire général, M. Henri Capitant, docteur honoris causa de l'Université Egyptienne et le Professeur Gidel; une photographie prise de ces Grands Amis de l'Egypte, entourés par les membres de la délégation égyptienne, garde de cette réception un souvenir inoubliable. Notre Chargé d'Affaires à La Haye, Mourad Kamel

Bey, a eu l'obligeance d'offrir, à la résidence de la Légation, une autre réception dns le même but. La Délégation Egyptienne a, en outre, assisté à toutes les réceptions offertes à l'ensemble des congressistes, par le Gouvernement des Pays-Bas, par l'Association néerlandaise de Droit Inernational, par la Municipalité de La Haye, par l'Université et la Municipalité de Leyde et par le Président du Congrès. Elle a également assisté à la réception offerte aux congressistes de son pays par le Ministre français à La Haye.

★ ★ ★

J'ai déjà fait remarquer que la participation égyptienne a été particulièrement acvtie à la Section Générale dont les délibérations étaient présidés par notre éminent maître, le professeur Ed. Lambert. Deux sur quatre des questions traitées dans cette première question, la première et la quatrième, ont fourni l'occasion de mettre en lumière la place qui doit légitimement revenir au droit musulman dans le mouvement général de la science du droit comparé et les tâches qui incombent à l'Université Egyptienne dans le développement de la liaison scientifique entre les vieilles terres de culture islamique et le reste du monde civilisé.

La première qusetion portait sur «les diverses sources du droit», leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques. Des deux rapporteurs généraux, M. Roscoê Pound, doyen de la Faculté de Droit de l'Université d'Harvard, et M. Giorgio Del Vecchio, doyen de la Faculté de Droit de Rome, un seul, M. Del Vecchio, était présent et a pu lire son rapport. Dans ce travail magistral que M. Paul Matter, Procureur Général près de la Cour de Cassation de France, salua, au nom de tous tous les membres de la section, comme «un rapport qui restera dans l'histoire du droit», le doyen Del Vecchio a donné une aussi large place à l'étude des sources du droit musulman qu'à celle des sources du droit romain ou des sources du droit anglo-saxon La section s'est finalement appropriée la principale conclusion du rapport de M. Del Vecchio en émettant le voeu suivant: «La section générale émet le voeu que tout corps de droit pose des principes généraux aussi précis que possible tout en leur laissant la souplesse nécenssaire pour permettre aux juges de les adapter aux complexités et aux transformations de la vie social».

Au cours de la discussion de cette partie du rapport Del Vecchio, le professeur Lambert a présenté les observations suivantes que nous repoduisons d'après son compte-rendu:

«Le rapporteur touche à l'une des antinomies permantes du droit: la plus franchement irréductible de toutes. C'est le conflit éternel entre deux

aspirations sociales, également légitimes, mais contradictoires: d'une part, les exigences de la sécurité des relations juridiques, qui ne pourraient être pleinement satisfaites que par l'application d'un réseau complet de règles, fixes, rigides, apportant chacune une solution uniforme, en quelque sorte mécanique, à un même problème général de droit, et. d'autre part, les nécessités d'une adaptation progressive du droit aux transformations de la vie économique, sociale et culturelle, qui ne peut être obtenue qu'en traçant au juge des «standards» et des directives assez souples poules pour lui permettre de plier le droit à la diversité des situations concrètes sur lesquelles il a à statuer, de tenir compte de la valéur et l'importance respectives des intérêts qu'il a à concilier d'établir une «balance de ces intérêts» et d'appliquer une justice équitable, parce qu'en harmonie avec les conditions économiques dans lesquells se présentent les conditions il doit statuer. L'opposition entre la régle de fer et le «standard» juridique est la forme pratique sous laquelle se présente aujourd'hui cet antagonisme perpétuel entre deux besoins sociaux dont aucun ne saurait impunément être sacrifié à l'auatre, et entre lesquels il faut se résigner à établir être sacrifié à l'autre, et entre lesquels il faut se résigner à établir un équilibre qui restera touijours quelque peu instable, parce que l'importance respective de chacun de ces besoins contradictoires varie non seulement avec les temps et les lieux, mais surtout d'une branche du droit à l'autre. Il en est, comme le droit de famille, qui ont surtout besoin de stabilité. Il en est, comme le droit industriel, comme le droit des relations économiques en général, qui ont surtout besoin de souplesse et d'adaptabilité. Des vues intéressantes sur ce mariage de raison entre la régle de droit et le «standard» juridique auraient pu nous être apportées par le doyen Pound, qui a écrit sur la matière des pages remarqbles — c'est une nouvelle raison de regretter son absence — ou aussi par l'un des délégués de l'Université Egyptienne, le professeur Sanhoury — malheureusement retenu pour l'instant dans une autre section — qui prit ily a quelques années ce sujet comme théme d'une remarquable thèse de doctorat: «Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise; contribution à l'étude comparative de la régle de droit et du standard juridique».

Mais le droit musulman et l'Université Egyptienne ont sur tout été mis en relief dans la discussion de la question: les relations historiques et ethnologiques des religions et du droit. Je reproduis, dans les quelques pages qui suivent, l'extrait du compte-rendu écrit par le professeur. Ed. Lambert concernant la discussion de cette

question. L'étroite intimité dans laquelle j'ai vécu avce le professeur Lambert pendant la durée du congrès, et l'appel qu'il a fait à mes souvenirs pour la reconstitution de mémoire des délibérations de la section générale, m'ont valu d'avoir communication de ce compte-rendu avant méme son envoi à l'impression et d'être autorisé à en publier les extraits suivants sans attendre le publication intégrale dans la Bibliothéque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon.

Extrait du Commpte-Rendu des Délibérations De La Section Générale Du Congrés International De Droit Comparé

Tenu à La Haye Du 2 Au 6 Aout 1932

Par Le Professeur Edouard Lambert
Président De La Section Générale.

SECONDE SÈANCE DU AOUT

LES RELATIONS DU DROUT ET DE RELIGION DANS LE MONDE MUSULMAN MODERNE ET SPÈCIALEMENT EN EGYPTE. — L'APPORT DE LA SCIANCR JYRIDIQUE MUSULMANE A LA. JURISPRUOENCE COMPARATIVE.

M. Lambert qui reprend la présidence, reconnait que cette partie des délibérations de la section générale s'engage dans des conditions peu satisfaisantes pour les congressistes qui ont manifesté l'intention d'y prendre part. Trois sur quatre des raporteurs généraux se sont rendus à La Haye pour présenter et défendre leurs vues, et la place du rapporteur absent, le professeur Arnold Posehl, de l'Université de Graz. est prise par le professeur Westrupt de Copenhague, dont l'ordre du jour prévoit une communication d'un si réel intérêt que les rapporteurs généraux sont d'accord pour réclamer qu'elle soit mise sur le même plan que leurs rapports. Il sera impossible de faire tenir dans notre dernière séance — celle de demain — la lecture intégrale de ces travaux, à plus forte rasion une discussion individuelle de chacun d'eux. Mais il est, par aileurs, fort compréhensible que la plupart des rapporteurs répugnent à développer dans cette fin de séance des conclusions qui ne seraient discutées que dans une séance ultérieure.

Il est toutefois l'un d'entre eux qui n'a pas les mêmes raisons de se refuser à ouvrir le feu. C'est le professeur Ali Badaoui, de l'Univeersité Egyptienne. Il a eu l'obligeance, dit le président, de me communiquer son rapport et j'ai compris, en le lisant, qu'il allait prendre dans les débats de la quatrième question une position analogue à celle que M. de Vilallonga avait prise dans le débat de documentation juridique,

internationale(1). Tout en traitant comme lui'le même problème général que ses collégues, il le traite avec le même souci d'en tirer des arguments en faveur d'une cause qui l'intéresse, mais dont ses collègues ne se préoccupent guère. M. de Vilallonga aurait certes été heureux qu'on accordât à sa proposition une priorité qui aurait pu peut-être lui permettre d'obetnir l'adhésion de la section à un projet aussi séduisant que sérieusement étudié. Cette priorité, M. Badaoui l'acquiert d'office par suite de d'absence à cette fin de séance de ses co-rapporteurs. Mais, pour en tirer tout le profit possible, il fera bien de suivre l'exemple des rapporteurs de la secoonde question, et de se borner à une analyse des conclusions de son rapport assez rapide pour qu'on puisse les discuter utilement dans l'heure et demie qui reste avant la clôture de cette séance.

Avant de donner la parole au professeur Badaoui, le président tient à signaler l'empressement particulier que l'Université Egyptienne a apporté à l'appel des organisateurs du Congrès. Elle est répresentée — et d'une façon fort active — par quatre des professeurs de sa Faculté de Droit et un ancien élève sans doute appelé à devenir un de ses professeurs. Cet empressement n'a pu surprendre aucun de ceux qui connaissent l'Eypte. Ce pays a été l'une des premieères terres d'essai du droit comparé et demeurea longtemps l'un de ses champs de démonstration les plus fertiles. Ses tribunaux mixtes, tant par leur composition que par les garanties d'indépendance à l'égard de tout pouvoir politique qui leur sont assurées, ont formé d'utiles préludes au développement d'une justice internationale. Dans ces tribunaux, des magistrats, appartenant à des nationalités fort diverses, interprètent des codes d'importation française, à leurs lacunes, avec une connaissance d'ensemble des expériences réunies des diverses jurisprudences nationales, qui fait de certains arrêts de la Cour d'appel d'Alexandrie des modèles d'études de droit comparé.

L'Université Egyptienne est bàtie sur le même type. Des professeurs français, italiens, anglais y enseigent en étroite communauté de travail avec les professeurs égyptiens. Il serait à souhaiter que l'exemple qui nous vient du Caire se propageàt largement en terre européenne. Je crois bien

---

(1)- Sur la seconde question mise à l'order du jour de la première section : documentation juridique interntionale, les quatre rapporteurs généraux s'étaient accordés à réclamer une entente entre les centres de documentation, pour une amélioration des conditions actuelles de constitution et diffusion de la documentation international par voie de division du trevail. L'un d'eux, M. de Vilallonga avait demandé, en outre, l'établissement, sous le contrôle de la S.D.N., d'un organisme compétent pour certifierx, en vue de l'application judiciaire, le contenu des lois et coutumes des divers pays.

que les pays, même les plus avancés dans la voie du progrés scientifique, auraient quelque pfofit à retirer, au point de vue du bon rendement de l'éducation juridique nationale, de l'ouverture de ces jours sur le dehors dans leurs chapelles universitaires. Mais c'est surtout pour la coopération des Facultés de droit et de sciences sociales à l'oeuve de paix qu'il serait utile que l'entrée en linge du droit comparé fit renaître le souffle d'humanisme grâce auquel nos anciens légistes, passant si facilement d'une université italienne à une université allemande, purent jouer le rôle de pélérins d'un droit international.

M. Badaoui, glissant sur la partie de son rapport où il analyse et classe les vues présentées dans les rapports spéciaux, donne une lecture de la partie finale de son travail où il envisage les relations du droit et des religions par le point de vue propre de la civilisation musulmane. Aprés avoir retracé briévement ce qu'ont été ces relations dans les principales périodes de l'histoire de l'islam, il montre qu'elles ont varié et varieront encore avec les temps, et fait ressortir qu'on aboutirait à une vision singuliérement trompeuse des réalités actuelles à la seule lumiére des temps antérieurs au XIXe siécle et à la pénétration dans le proche-Orient de la culture économique euroéenne. En Europe, Conclut-il en substance, les juristes sont trop souvent portés, en méme temps qu'à sous-estimer l'importance des rappoprts entre leurs droits et leurs religions, à exagérer la force et l'étendue des liens qui, en terre islamique, unissent le droit à la religion. On se représente trop volontiers le droit musulman comme étant, dans toutes ses parties et jusqu'à ses moindres détails, d'une nature essentiellement religieuse, le rendant inapte à se liler aux transformations économiques des sociétés qu'il régit. Rien n'est plus erroné. Ce qui est vrai c'est que s'est prolongé plus tardivement dans l'Orient musulman le même phénoméne qui, dans la chrétienté médiévalle, avait fait passer sous l'empire de son droit canonique bien des chapitres du droit qui par eux-mêmes n'offrent aucun caratère religieux. Le droit canonique chrétien s'est retiré, avec une vitesse, inégale selon les lieux, de ces terres alluvionnaires. Le même reflux se produit pour le droit musulman envisagé dans son aspect religieux. Dès 1883, la promulgation des codes indigènes, suivant cells des codes mixtes et la copiant, a entrainé en Egypte la laîcisation de tout le droit du statut réel, c'est-à-dire celui qui régit les relations économiques.

Ce statut, réel, interrompit le président, embrasse exactement la même sphère de rapports juridiques que le droit comparé tel que nous l'enten-

dons, envisagé comme l'instrument de formation d'une science internationale du droit. Car l'unification progressive du droit. que la jurisprudence comparative travaille à préparer, n'est ni désirable, ni surtout réalisable dans le domaine du droit des relations familiales.

Même sur ce terrain du statut peresonnel, répliqua le professeur Badaoui, il ne faudrait pas croire que toutes les constrictions du droit musulman soient codifiées sur des bases religieuses d'une égale stabilité. Il en est qui n'ont pris qu'accidententellement une coloration religieuse, et beaucoup d'autres qui ne puisent dans la religion que des directives assez simples pour se prêter à des aménagements successifs. C'est si vrai que le domaine du droit laissé à la réglementation par chaque confession va se rétrécissant en Egypte par la pénétration sur ce terrain d'une législation nationale.

Le professur White Ibrahim, de l'Université Egytienne, confirme cette affirmation du rapporteur en rappelant deux exemples qui l'illustrent : l'adoption spontanée par les Coptes du droit musulman des successions, le développement législatif d'un régime d'organisation de la tutelle, ainsi que de l'exécution testamentaire et de l'adminstration des successions, greffé sur le droit islamique, mais dont la protection s'étend aux Egyptiens appartenant aux autres confessions.

Si le droit musulman, dit le professeur Badaoui, ne se distingue des autres corps de culture juridique — le droit civil d'origine romaine et le common law anglo-saxon — que par les proportions dans lesquelles y est opéré un dosage entre l'élément religieux et l'élément de science sociale qui se retrouve en réalité partout — même dans les droits qui se prétendent laïcisés — il doit être compris, au même titre que les deux autres, dans le travail de rapprochement du droit comparé. C'est ce qu'a lumineusement fait ressortir le doyen del Vecchio, en dégageant les données historiques de son remarquable rapport sur les sources du droit d'une comparaison entre le droit romain, le droit anglais et le droit islamique, qualifiés par lui les systèmes juridiques «les plus complexes» qu'ait connus l'histoire. Nous avons été vivement frappés, mes collègues de l'Université Egyptienne et moi, en même temps que de la haute compétence avec laquelle il a décrit le mécanisme des sources — ou racines — du droit musulman, de l'objectivité qu'il a apportée à le juger.

Dans ce mécanisme, répond le doyen del Vecchio, ainsi mis en cause, il existe, en effet, un rouage qui, à lui seul, permettrait déjà de faire pénétrer

dans le droit officiel de l'Islam l'ensemble des normes coutumiéres et d'autres forces juridiques nouvelles qui apparaissent aujourd'hui comme les auxiliaires nécessaires de la loi. C'est l'Idjma, le consensus de la communauté, un instrument qui peut être fort efficace pour l'adaptation du droit musulman aux transformations de la vie économique et politique des sociétés régies par lui.

Le professeur Sanhoury, de l'Université Egyptienne, exprime sa plus grande satisfaction d'entendre une aussi haute autorité telle que le doyen Del Vecchio parler du principe fondamental de l'Idjma' comme un ètèment de première importance qui permettrait l'adaptation du droit musulman aux circonstances toujours changeantes de la vie sociale. Déjà le grand orientaliste Goldziher, ajoute-il, a considèlè l'idjma, comme la clef de l'évolution historique de l'Islam au point de vue politique, dogmatique et juridique, Cette Thése que le professeur Sanhoury a développée dans son ouvrage «Le Califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», il y a quelques années, et qu'il a toujours gardée comme son credo de foi, se trouve confirmée par le témoignage des savants jouissant de la plus haute autorité. Il est intéressant, continue le professeur Sanhoury, de suivre l'évolution du principe de l'Idjmà. Le premier besoin auquel il devait répondre était de donner une place parmi les sources du droit à la coutume. Dans une deuxième forme, il a servi à sanctionner juridiquement les décisions résultant de l'accord des Compagnons du Prophète. Sous un troisième aspect, il a donné force obligatoire aux solutions juridiques élaborées scientifiquement par la majorité des jurisconsultes, relativement à des problèmes nouveaux qui n'avaient pas été tranchés par une disposition qoranique ou traditionnelle. Dans ces deux dernières fonctions, la théorie de l'Idjma' a été utilisée pour consacrer un accord conscient d'opinions, tandis que la première a servi à sanctionner la coutume qui se développe d'une façon mécanique par le laps du temps. Mais, bien que le consénsus, en tant que source du droit. se soit élevé de la consécration de l'accord inconscient à celle de l'accord conscient, il n'est jamais arrivé à consacrer l'accord délibérant. L'Islam n'a jamais connu d'assemblées analogues aux COnciles catholiques. Pour mener l'évolution du consensus, telle qu'on vient de la retracer, à son terme naturel, il semble qu'il faudrait maintenant franchir deux autres étapes le fonctionnement pratique de l'accord délibérant entre les jurisconsultes, et se servir du principe du consensus lui-même comme base d'un régime représentatif dans le gouvernement islamique.

La question de l'Idjmà, intervient le président, est une question extrême-ment intéressante; le professeur Sanhoury a bien fait de nous snouligner son importance et son adaptabilité d'évolution. Selon l'heureuse expression de M. Snouch-Hurgronje, l'Idjmà est à lheure présente, la seule base dogmatique du droit musulman; le Qoran et le Sounnah n'en sont plus que bases historiques. Cette troisième sourse du droit musulman, l'Idjmà a une importance pratique exceptionnelle. C'est à leur consécration par elle que toutes les règles du Fiqh, quelle que soit leur origine première, doivent leur applicabilité actuelle. Avec l'idijmà ajoute le professeur Lambert, le système islamique se trouve muni d'un élément remarquable d'évolution. Le témoignage donné par la haute autorité de M. Del Vecchio à la Plasticité actuelle du droit musulman serait certainement confirmé aujourd'hui par beaucoup d'autres compétences, non seulement à Rome où l'Instituto per l'Oriente suit — notamment dans sa revue Oriente Moderno — avec tant de curiosité sympathique les mouvements de la pensée musulmane, et où un romaniste — M. Evaristo Carusi — a manifesté sa profonde estime pour le droit musulman en le revendiquat, sans grand succés, comme un rejeton du droit byzantin, mais aussi dans toutes les parties de l'Europe, et également aux Etats-Unis, car le doyen Wigmore, dans sonPanorama of Legal Systems, assigne la même place que M. Del Vecchio au système juridique musulman aux côtés des systèmes juridiques romanistiques et anglais. Nous sommes déjà loin du temps où illustre orientaliste hollandais, le glorieux vétéran des arabisants européens, écrivait dans la Revue d'Histoire des Religions que le droit musulman était désormais condamné à l'immobilité du tombeau, et où il raillait les prédictions d'un pacha ottoman qui, dans un petit livte — dènué d'ailleurs d'expérience scientifique — prvoyait l'islamisation prochaine de la culture juridique cuopéene. Ces raillenes ont trouvé une réplique décisive dans les codifications par lesquelles la jeune République Tuque a réalisé la réception du droit occidental dans ses formes les plus récentes: non plus seulement une rèception limitée au statut réel comme en Egypte, mais une réception globale s'etendant aussi à l'ensemble du statut personnel. Vous préférez en cette matière faire appel aux forces naturelles d'évolution, procéder par étapes, avec sélection, en concillant vos traditions nationales avec les exigences de la concurrence économique internationale. Que vous arriviez sûrement par cette méthode aux résultats cherchés, nous n'en doutons pas. Est-ce bien cela que vous voulez nous faire reconnaitre.?

Non, répond le professeur Wadi Farag, de l'Université Egyptienne. Nous cherchons surtout à démontrer que, en bonne justice, nous ne devons pas être traités par la science du droit comparé uniquement comme des usagers, mais comme des collaborateurs, des associés. Nous avons largement puisé dans la science internationale, créée par le droit comparé, pour la confection de nos codes, et nous continuons à y puiser largement pour le développement de notre législation et de notre jurisprudence. Mais nous pouvons aussi puiser, pour la formation de cette science internationale, de fort utiles apports dans le corps de traditions juridiques commun aux peuples islamiques. En un mot nous aspirons à faire reconnaître que le droit muaulman n'est pas seulement matière à historiques, mais l'un des éléments ou des facteurs naturels de la jurisprudence comparative d'aujourd'hui.

Le professeur Abd El-Monem Riad, de l'Université Egyptienne, cite à l'appui de cette affirmation de son collègue un ceratain nombre de doctrines musulmanes, d'où l'on peut faire sortir des précédents d'une fort utile précision, à des conceptions juridiques qui ne se dégagent encore que confusémeut ou sporadiquement dans le mouvement d'envement d'ensemble de la jurisprudence comparative, parmi lesquelles notamment la théorie de la nécessité, Ce qui amène M. Lambert à reconnaître que cette doctrine islamique de la nécessité se présente comme l'expression plus catégorique et plus générale d'une idée qui est en germe dans la clause rebus sic stantibus du droit international public, la théorie de l'imprévision de la jurisprudence administrative française, les assouplissements imprimés à la notion de l'impssibilité d'exécution des obligations par la jurisprudence anglaise sous la pression des conséquences économiques de la guerre, ou le chapitre de la jurisprisprudence constitutinnelle américaine sur l'emergency.

Le professeur Sanhoury apporte une nouvelle illustration à la thèse en discussion en rappelant le livre que, vers 1913. un de ses compatriotes, mort prématurément, Mahmoud Fathy, consacra à «La doctrine musulmane de l'abus des droits», à un moment où la vogue de la théorie française de l'abus des droits entrait dans toute sa force sous l'influence des travaux du doyen josserand. En suivant le développement de la doctrine de l'abus des droits à travers d'une demi-douzaine de siècles d'activité musulmane, Fathy y montrait cette doctrine muslmane arrivant, au terme de son évolution, à la reconnaissance des quatre chefs bien définis d'abus

des droits — la plupart d'ordre économique — alors que la doctrine occidentale n'avait encore réussi définir que l'un d'entre eux — le moins usuel — l'usage maliciux ou l'intention de nuire. Il y laissait déjà pressentir que — comme devait le reconnaître le doyen josserand dans un livre écrit prés d'une vingtaine d'années plus tard, — sous la modestie apparente d'une théorie d'allure subjective et psychologique, se dissimulait une doctrine d'ordre économique,autrement révolutionnaire par rapport aux traditions du «droit civil» : la doctrine de la relativité des droits. Et, de la littérature du droit musulman, il faisait sortir une exposition detaillée de la doctrine proclamant la limitation de chaque droit par sa destination sociale — ou religieux, c'est tout un — que venait de lancer en France M. Léon Dugit et que le code civil de la Russie soviétique devait lui emprunter pour la placer dans son premier article.

Cet exemple, interrompt M. Lambert, n'est pas passé inaperçu en Europe. Car, malgré un assez large tirage, l'ouvrage de Fathy est depuis longtemps devenu introuvable. J'ai suivi avec plaisir la composition de ce livre écrit, en même temps que dans un noble esprit de fierté musulmane, avec le sincère désir de manier loyalement les méthodes de la science historique d'Occident. Il inaugura la publication des Travaux du Séminaire Oriental d'Etudes Juridiques et Sociales: séminaire créé à Lyon, en dehors de tout patronage officiel de l'Université, quoique dans son ombre, par des égyptiens groupés entre 1907 et 1914 sous ma direction pour étudier les productions comparées du droit civil latin et du common law anglo-saxon par le point de vue de leur adaptation aux terres d'acclimatation islamiques Ce séminaire a formé le berceau de l'Institut de Droit Comparé qui, depuis la fin de la guerre, fonctionne à Lyon sur les mêmes bases principales de comparaison entre le «droit civil» et le common law, et qui parait avoir été le premier né des instituts universitaires de droit comparé existant actuellement en France. De sorte qu'on pourrait dire que les égyptiens ont été les premiers instigateurs du mouvement qui a activé en France l'enseignement du droit comparé — créé à la fin du XIX[e] siècle par Saleilles — en le doublant de séminaires ou de salles de travlail consacrés à la recherche scientifique.

Si je rapelle ce vieux souvenir, réveillé par les observations de M. Sanhoury, c'est qu'il prouve à nos collègues égyptiens que ce sont eux qui tiennent en mains les moyens les plus efficaces de mettre en lumière les services que le droit musulman peut rendre à la jurisprudence comparative. Il leur suffirait pour cela de développer dans leur université nationale, assez bien dotée et assez bien placée pour se constituer l'outillage nécessaire, un

centre de recherches scientifiques du genre de celui que leurs ainés créèrent jadis à Lyon, sur une échelle réduite, sans disposer d'autres ressources que l'amitié d'un professeur français. Un institut égyptien de droit comparé, où la jurisprudence comparative ne serait point distraite de son cadre naturel de science sociale, aurait un rôle particulièrement enviable à jouer dans la division du travail que préconisait hier un voeu de notre section quant à la documentation juridique internationale[1], et qui ne serait pas moins utile pour l'exploitation scientifique de cette documentation. Ce rôle naturel serait d'entretenir, sur le terrain du droit et de ses disciplines auxiliaires de science sociale, la liaison entre le monde musulman et le monde chrétien.

Il est bien compréhensible toutefois que les universitaires égyptiens hésitent à la pensée d'aborder seuls une tâche de cette envergure, qu'ils sentent le besoin d'être encouragés et guidés par les conseils, les critiques, les manifestations d'intérêt de leurs collègues européens et américains, qu'ils souhaitent que le stimulant que leur a apporté ce congrès, en mettant à son ordre du jour les rapports du droit et des religions, et en chargeant l'un d'eux de l'un des rapports généraux sur le sujet, soit le point de départ d'une aide plus continue. Que le rapporteur égyptien, conclut le président, s'entende avec ses collègues de la délégation de l'Université Egyptienne pour préciser en un voeu sous quelle forme ils désirent que cette aide s'exerce. Je soumettrai ce voeu à la Section au début de la prochaine séance et je m'en ferai près d'elle le défenseur convaincu.

Au début de la Séance suivante — séance du 5 août — le professeur Lambert a soumis à la section, en l'appuyant, le voeu suivant présenté comme sanction des délibérations de la veille par les membres de la délégation de l'Université Egytienne: La Section Générale émet le voeu qu'on réserve dans le prochain congrès une place à l'étude du droit musulman,comme source du droit comparé.

---

(1) Ce voeu est ainsi conçu :

"La Section Générale estime désirable que les institutions ou organisations s'occupant de documentation juridique établissent entre elles une liaison en vue de coordonner leurs efforts.

L'Académie Internationale de Droit Comparé est invitée à appuyer les initiatives qui pourraient être prises en ce sens et au besoin, à les provoquer.

La Section, constatant que de précieux résultats ont déjà été obtenus par la apècialisation d'un certain nombre d'organismes dans le rassemblement et la diffusion de la documentation relative à certaines branches du droit, émet le voeu que cette méthode de spécialisation soit poursuivie le plus largement possible, en évitant les doubles emplois,,.

La voeu a été adopté à mains levées.

Conclusion du comptr-rendu: Arrivé au terme de ce compte-rendu des opérations de la Section Générale, le congressiste qui l'a établi, M. Ed. Lambert, exprimera en ces termes la note dominante, la conclusion ultime qui luia paru s'en dégager.

Le prochain congrès international de droit comparé — et à travers lui la série ultérieure de congrès qu'il porte en germe — c'est la silhouette attirante que nous avons vu se dessiner de plus en plus nettement sur la toile de fond de vos délibérations à mesure qu'elles approchaient de leur fin. C'est en songeant à lui que nous avons formulé nos voeux des deux derniers joues. Ils impliquent notre accord à réclamer l'exécution de la promesse faite par l'Académie — dans le résumé de ses délibérations de 1929 établi par mes soins — en posant cette première directive: «Le prochain congrès international de droit comparé devra être le point de départ d'une série de Congrès, à périodicité réglée». La cadence à donner à leur succession a été l'un des objets les plus fréquents de nos conversations individuelles au cours des brillantes réceptions qui nous ont été offertes. Quelques uns souhaitaient de voir le Congrés revrnir tous les deux ans, d'autres tous les cinq ans, la plupart, m'a-t-il semblé, tous les trois ans, comme les congrès des criminalistes. Tous s'accordaient à demander que, quelque fut la cadence finalement choisie par l'Académie organisatrice, cette cadence fut du moins réguliément suivie.

A défaut de réalisation immédiate du «Projet pour une organisation permanente universelle de la profession du droit» présenté au Congrès, par le doyen John H. Wigmore (l'un des principaux artisans du succès de cette réunion), une Filiière continue de congrès de droit comparé fournira déyà un précieux rudiment de cette organisation en même temps qu'un excellent point de départ pour des développements à venir. Car le Congrès de 1932 a dèjà répondu pleinement à la seconde des directives que l'Académie traçait en 1929 pour sa tenue, directive ainsi conçue : «Le droit comparé n'étant pas une branche particulière du droit, mais la méthode par laquelle la science du droit s'adapte aux besoins d'une communauté devenue consciente de la soilidarité de ses membres, le prochain congrès et ses successeurs devront être des congrès internationaux des juristes». Il a réuni, en effet, en même temps que des représentants de toutes les btanches de la science juridique, de trois au moins des quatre branches de la «profession de droit», dont le doyen Wigmore juge l'union nécessaire pour la réalisation de son «Projet» : le barreau, la magitrature, les universités.

Et on pourrait dire que la quatrième — législateurs — y est représentée fort compétemment par des membres des commissions de codification.

Le travail accompli par les autres sections a démontré clairement que l'instrument de liaison internationale qui vient d'être forgé par la coopération de l'Académie et des congressistes est apte à tendre au nouveau droit international — le droit comparé — les mêmes services que le Juristentag, par exemple, a redu au droit national allemand. Il prouvera aussi aux institutions fondées pour travailler au rapprochement d'ensemble des droits nationaux — comme l'Institut de Rome — ou à l'unification progressive de branches déterminées du droit — comme l'Organisation Internationale du Travail — que les congrès de droit comparé peuvent leur fournir d'aussi utiles leviers de propagande que ceux que fournissent, pour la diffusion de ses modèles d'actes législatifs, à la commission américaine pour l'uniformité des lois d'états, les meetings de l'American Bar Association.

Et les congressistes individuels — ceux qui, comme moi, ne font partie d'aucune délégation et qu'attire seulement le désir de se documenter et l'occasion de développer leurs relations de commerce scientifique — n'auront pas moins de profits à retirer de la continuité assurée à ces rencontres internationales. Du moins si j'en juge par l'expérience personnelle que je viens de faire.

L'Unuversité à laquelle j'appartiens — l'Université de Lyon — vient de décider l'ouverture — probablement après une année d'étude nécessaire à son aménagement — d'un Institut des Sciences Sociates et des Relations Interationales où s'uniront et fusionneront : 1°.un vieil institut de droit comparé, qui sent le besoin de se renouveler par contact de disciplines apparentées, 2°.une chaire d'étude des institutions internationales d'organisation de la paix créée il y a un an par l'initiative de M. Edouard Herriot, et 3°.une série d'enseignements, jusque là épars dans les diverses Facultés, qui présentent ce trait commun d'être naturellement portés à s'orienter vers l'éducation de l'esprit international. Le principal but de cet Institut est d'établir un cartel avec des organismes similaires allemands, anglais ou italiens, pour l'étude, par la comparaison des points de vue nationaux, des problèmes que soulève le développement des relations interationales; pour pratiquer aussi entre les unités composantes du cartel l'échange des professeurs, non pas sous la forme classique des visites d'apparat et des conférences devant des auditoires improvisés, mais sous la forme de l'association des professeurs invités à l'enseignement normal et

au travail quotidien de l'unuversité invitante; enfin pour fournir — par le moyen des semestres passés successivement dans quelques uns des instituts associés — à des étudiants recherchant la préparation juridique aux affaires internationales, une vision d'ensemble des caractéristiques de chacune de leurs cultures nationales, envisagées dans leur fonction de facteurs de la civilsation juridique et économique européenne. Il faudra sans doute d'assez longues négociations pour aboutir à ce cartel. Elles auront été notablement facilitées par les conversations que j'ai pu avoir à ce sujet avec un certain nombre de congressistes.

L'atmosphère des congrès de droit comparé sera certainement propice la préparation et à la conclusion de bien d'autres ententes ou associations entre groupements de travilleurs scientifiques ou travailleurs isolés. — En permettant à des savants de pays divers, qui se sentent déjà attirés par leurs affinités scientifiques de doubler la connaissance de leurs travaux de la connaissance de leurs personnalités respectives, ces rencontres périodiques favoriseront le développement, sur le plan international, de l'esprit d'équipe nécessaire à la constitution et l'outillage de manuels et de traités, de recueils de select Cases ou d'autres recueils choisis de textes internationaux sans lequel l'enseignement du droit comparé ne saurait arriver à sa pleine productivité.

Si l'aspiration commune qui unit et résume les dernirs voeux de la Section Générale obtient entière et durable satisfaction — et nous ne doutons pas qu'elle ne l'obtienne — l'année qui a vu s'ouvrir ce congrès inaugural demeurera une date notable dans la marche de transition de la phase de développement national du droit à phase de développement international.

(Fin du compte-rendu)

★ ★ ★

Il est temps de dire quelques mots sur les résultats obtenus par le Congrès. Je ne parle pas du résultat moral; celui-ci est énorme, et dépasse le cadre de cette notice sommaire. J'entends simplement les résultats concrets qu'on a pu obtenir. En dehors des nombreuses résolutions adoptées par les diverses sections sur chaque question soumise à leur examen, et dont une liste détaillée sera publiée à part, le Congrès, conformément au désir exprimé par le Secrétaire Général, le professeur Balogh, dans la séance solennelle d'ouverture, émet le voeu de voir créer sous les auspices de l'Académie Internationale de Droit Comparé «une revue internationale de droit comparé que servirait d'organe officiel de l'Académie». Le Congrès

souhaite également que «l'enseignement du droit comparé soit donné dans toutes les facultés de droit des universités des diverses nations».

Mais je dois insister tout particulièrement sur deux résolutions qui marqueront une période dans l'histoire de la marche progressive du droit comparé.

Tout d'abord, les congressistes ont résolu que leur congrès devienne une institution permanente, qui sera désomais convoquée régulièrement tous les trois ou cinq ans par l'Académie Internationale de Droit Comparé. Un règlement a été établi en vue de donner les grandes lignes de l'organisation de ces futurs congrès internationaux. D'après ce règlemént, le bureau de l'Académie convoque, tous les deux ans, des experts choisis dans les différents pays, à l'effet de formuler des propositions concernant la préparation du prochain congrès. Le bureau du Congrès lui-même est constitué par le bureau de l'Académie complété par des personnalités choisies parmi les représentants les plus éminents de la doctrine et de la pratique juridique dans différents pays, en tenant compte de la nécessité d'obtenir la représentation des principaux systèmes juridiques. Le Congrès est divisé en sections déterminées par le bureau de l'Académine, de manière à grouper les divers problèmes à discuter. Les langues officielles du Congrès sont l'allemand, l'anglais, l'espanol,le français et l'italien. L'admission au Congrès est prononcée par le bureau de l'Académie, après paiement de la cotisation fixée par le dit bureau. Les compte-rendus des travaux du Congrès sont publiées dans la collection des Actes de l'Académie. Ainsi fut exaucé le voeu que M. Lambert a chaleureusement émis dans son rapport, précité, en écrivant : «Ce que j'attends du premier Congrès de droit comparé qui se réunira dans l'ambiance de l'après-guerre, c'est qu'il donne naissance à une longue et continue descendance de congrès internationaux des juristes dominês par ce sentiment de l'interdépendance entre le droit conçu comme science sociale et le droit conçu comme science internationale».

Nous avons donc obtenu ce résultat certain : la création de ce germe d'organinsation internationale de la profession du droit que réalisera l'établissement d'une chaîne périodique et régulière des congrès internationaux des juistes.

En deuxième lieu, le Congrès a émis le voeu «de voir créer, sous les auspices de l'Académie Internationale du Droit Comparé, une faculté internationale de droit.» C'est un voeu auquel M. Lambert s'intéressait

d'autant plus vivement qu'il l'a déjà formulé dans la çonclusion d'une étude publiée par lui en 1932 dans les Actes de l'Académie : Le droit commun de la Société des Nations, ses organes actuels, les organes à venir, le besoin d'une Faculté imternational de Droit. M. Balogh, l'auteur de la proposition, a donné, à la séance solennele d'ouverture du Congrés, une petite esquisse sur l'utilité du projet. Il a souligné son importance en faisant remarguer que la création d'une faculté internationale de droit permettrait aux législateurs de chaque pays de tirer parti du travail accompli dans les autres pays. Seule une telle faculté péut donner l'enseignement des différents systémes législatifs sans empiéter sur l'activité d'aucune des organisation actuelles. Elle serait l'organe international de préparation à toutes les carrières où la nécessité d'une formation internationale est de plus en plus évidente. législateurs, professeurs, magistrats, avocats intenationaux, diplomates, dirigeants des institutions intermationales. A la séance de clòture, M. Lambert, en sa qualité de prédident de la Section Générale a souligné l'importance de cette, nouvelle entreprise, en proposant que cette faculté internationale de droit ait son siège à La Haye. En outre, le président de la Section Générale a ajouté: «Le droit comparé ou jurisprudence comparative n'est pas une branche spéciale du droit. C'est la forme du droit approprié aux besoins d'une société des peuples dont la structure économique est déjà internationalisée et qui a pris conscience de la nécessité d'adapter ses institutions juridiques à sa structure économique et d'internationalier les parties commerciales de son droit. La jurisprudence comparative est l'héritiére du droit romain médiéval et aspire à rétablir entre les scinces juridiques nationales les éléménts de coopération et de compréhension mutuelle qui jadis permirent aux glossateurs et postglossateurs de faire surgir au dessus de la diversité de nos coutumes médievales un fond de droit commun à la chrétienté d'occident». Pour commencer la création de cette faculté internationale, M. Balogh prévoit un corps de 5 à 6 professeurs permanents qui enseigneront les matiéres suivantes: Histoire de la science juridique et histoire comparée du droit, droit public international approfondi sur la base comparative, droit international privé approfondi sur la base comparative, droit civil et prpcédure civile comparés, droit commercial et procédure commerciale compaeés, droit pénal et procédure pénale compare, droit public comparé (constitutionnel le administratif). A côté de ses cours généraux il y aurait, d'apers le plan, de M. Balogh, des conférences et des cours spéciaux faits par des spécialistes appartenant aux différents pays. Tel est le projet soumis au Congrés et approuvé, dans ses grandes lignes, dans la séance de clôture.

Nous avons donc obtenu ce résultat probable. la création à La Haye d'un réseau annuel d'enseignement de droit comparé et de science sociale, pouvant jouer le rôle d'une faculté internationale de droit. le voeu émis par le Congrés à ce suijet ayant donné lieu à des échanges de vues favorables entre un certain nombre de personnalités compétentes.

* * *

Il me reste, en dermier lieu, de signalcr l'importance, pour notre Faculté de Droit, de la création d'un centre d'étude de droit comparé et de droit musulman. La place que la Délégation Egyptienne a revendiquée et obtenue, au Congrés, pour le droit musulman, justifie pleinement l'optimisme avec lequel on pourrait envisager la réalisation d'un projet pareil. Ce centre d'étude, on pourrait songer à l'établir sous une des deux formes suivantes:

1) Ou bien, en créant un diplôme supérieur dans la Section de Doctorat, portant, outre le droit musulman et le droit comparé, sur des matières telles que l'lhistoire de droit et le droit romain, ce quatrième diplôme complétant ainsi la série des diplômes supérieurs qui constituent une section de doctorat organisé d'aprés le modéle des universités françaises; 2) Ou bien, en organisant un institut autonome de droit musulman et de droit comparé, conformément au plan tracé par notre Conseil, concermant l'établissement de divers instituts au sein de la Faculté.

L moment est venu, le Congrés de La Haye nous en a déjà donné le signalement, pour que le droit soit étudié dans un esprit moderne, C'est une tàche qui incomberait forcément à notre Faculté de Droit. Il s'agit de rendre au systéme islamique, par une étude hisorique et comparative sérieuse, son adaptabilité aux contingences de l'organisation sociale actuelle. Le point de départ de ce travail, je l'ai déjà écrit il y a quelques années dans mon ouvrage: «Le califat et son évolution vers une Société des Nations Orientales», doit être la séparation de la partie religieuse et de la partie temporelle du droit musulman. La partie religieuse échappe à notre cercle d'études. Ells doit rester le monopole des théologiens musulmans. Dans la poursuite de notre étude nous devions avoir le souci de rendre le systéme islamique applicable aux non -musulmans aussi bien qu' aux musulmans eux - mémes, Pour arriver à cette fin, on devrait encore distinguer, méme dans la partie temporelle du droit musulman, entre les régles qui ont une couleur religieuse, et celles qui sont strictement juridiques. Les premiéres ne garderaient qu'une force morale, s'imposeraient à

la conscience et non pas à la conduite extérieure. Les régles de la seconde catégorie seules constitueraient le domaine du droit proprement dit, applicable à tous les citoyens, musulmans ou non.

A vrai dire, j'entends par l'Islam, non pas un corps de croyances confessionnells, mais un système de civilisation avec, à la base, une discipline. G'est l'islam culture, et non pas l'Islam cultuel, qui m'intéresse dans mes recherches scientifiques; et je suis persuadé que, sur ce terrain purement scientifique, tous les Egyptiens, musulmans et non-musulmans, se recontrent et s'accordent sur la nécessité d'entreprendre un mouvement d'adaptation de ce vieux système de droit, admirablement bâti par des esprits juridiques d'une puissance comparable seulement à celle des grands jurisconsultes du droit romain.

Il Faut, à tout prix, que notre Faculté prenne l'initative de ce mouvement réformiste, disons le mot, ce mouvement de renaissance du système islamique. Le mot «renaissance» est peutêtre ambitieux, mais il trouve sa justification dans le caractère extrémement grave de l'oeuvre à accomplir. Nous devons considérer notre problème comme aussi important et aussi vital, pour l'Orient, qu'a été le mouvement de renaissance du droit romain pour l'Europe, il y a quelques siècles.

Il nous faut rendre à l'expression de la «civilisation musulmane» la souplesse qu'elle a perdue, et l'envisager comme s'apliquant, non pas à un ensemble de rites et de règles religieuses, mais à une forme originale de civilsation que l'histoire nous présente, je cite ici les belles paroles de M. Lambert, «comme le résultat de l'activité collective de toutes les races et de toutes les communautés religieuses qui, depuis de longs siècles, vivent et travaillent côte à côte, à l'abri du drapeau de l'Islam et qui, dès lors, nous apparaît comme le bien commun de tous les habitants de l'Orient musulman, au même titre et pour les mêmes raisons que la civilisation chrétienne demeure le patrimoine indivis de tous les occidentaux, aussi bien des libres penseurs que des catholiques et des protestants.» C'est un programme d'action devant lequel toute idée de différence religieuse s'évanouit: j'ai eu la grande satisfaction de m'en rendre compte par l'enthousiasme que mes collègues non-muslmans dens la Délégation Egyptienne ont témoigné à l'égaed du voeu émis par le Congrès concernant le droit musulman. J'ai pu constater, alors, que le système islamique est l'héritage commun de tous les orientaux; ce n'est en somme que le produit du génie oriental.

LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE EN DROIT MUSULMAN[*]

par

ABDEL RAZZAK A. EL SANHOURY BEY

Ancien Doyen de la Faculté de Dròit.
Minisre de l'Instruction Puplique.

INTRODUCTION

Il importe, pour bien préciser les règles de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman, de faire une distinction entre le domaine des lésions corporelles et celui des atteintes à la propriété. Dans le premier les règles sont trop étroites et en quelque sorte archaiques. Dès qu'on- passe au domaine des atteintes à la propriété, nous constatons un progrès énorme; les règles de responsabilité deviennent savantes et nuancées; elles apparaissent suivre une voie de développement comparable à celle des systèmes modernes. On donne comme explication de cette différence que les jurisconsultes musulmans, dans le domaine des lésions corporelles, se sont heurtés aux traditions préislamiques, aux coutumes primitives des Arabes Bédouins, consacrées en grande partie par des textes Qoraniques; ils n'ont pu, par conséquent, exercer qu'une influence limitée sur le dévéloppement du système islamique dans ce domaine. Par contre, dans le domaine des atteintes à la propriété, le champ était libre pour la sagacité des jurisconsultes, qui ont exercé une influence salutaire sur le développement des principe de la responsabilité civile.

Nous examinerons, par couséquent, la question sous deux chapitres: lésions corporelles et atteintes à la propriété, tout en faisant notre profit des rapports spéeciaux que nous avons reçus d'El-Azhar, de la Palestine,

---

(★) Cet article reproduit le rapport présenté par M. le Doyen Abd El-Razzak El-Sanhoury Bey au 2ème Congrès International de Droit Comparé tenu à La Haye au mois d'août 1937.

En attendant la publication des Travaux du Congrès. retardée par suite de la guerre, nous avons jugé utile de publier ici ce rapport.

du Liban et de la Perse. Nous devons signaler tout particulièrement le rapport de M. Emile Tyan, conseiller à la Cour de Cassation et chargé de cours à l'Ecole Francaise de Droit à Beyrouth, rapport inspiré par l'excellente thèse qu'il a soutenue sur la matière devant la Faculté de Droit de Lyon en 1926.

Et d'abord, nous commençons par le domaine des lésions corporelles.

PREMIERE PARTIE
LESIONS CORPORELLES

Dans l'Arabie préislamique, comme dans tout société primitive, la vengeance privée était la régle. Comme dans toute société primitive également, lasoildarité familiale, soit du côté du coupable, soit du côté de la victime, était mise en jeu. Ce n'est pas le coupable qui est seul responsable, c'est toute sa tribu; ce n'est pas la victime qui a seul le droit de se venger, c'est tout clan de celle-ci qui réclame ce droit. Bien que le stade civilisation auquel les Arabes préislamiques sont arrivés leur ait permis de passer au systéme de composition volontaire, ils n'ont pas dépassé ce systéme pour arriver celui de la composition obligatoire.

L'Islam n'a pas changé le fondement de la respectabilité à cause des lésions corporelles. Cette responsabilité restait, comme autrefois, à base de vengeance privée, et la responsabilité civile restait confondue avec la responsabilité pénale. Mais l'Islam a amélioré le système préslamique à plusieurs égards. Il a tout d'abord introuit le systéme à composition obligatoire ou légal il a ensuite supprimé la solidarité familiale, du moi dans certaines hypothèse. Il a enfin fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, ainsi qie dans l'exécution même du la peine. Reprenons ces trois propositions.

1. Composition obligatoire:

Tout d'abord l'Islam a introduit le systéme de composition obligatoire. La vengéance privée de l'Arabie préislamique ne cédait la place qu'a la composition volontaire.. Si la victime ne consentait pas à cette eomposition, son droit à la vengeance restait intact. Et cette vengeance n'était pas organisée. Elle n'était personnelle ni du côté du coupable ni du côté de la victime. L'égalité entre le tort causé et la vengeance était rarement observée, et l'anarchie complète régnait dans la pra tique de cette vengeance qu'on appelait le thâr (الثأر)

L'Islam a donné au système une forte organisation. sans en bouleverser la base. Parmi les innovations nombreuses qu'il a apportées au système, nous citons deux des plus importantes qui ont permis à la composition obligatoire de prendre la place de la composition volontaire: le principe de l'égalité dans l'exercice du talion, et la distinction entre les délits intentionnels, seuls soumis au système du talion et les délits non-intentionnels auxquels le système de composition obligatoire est applicable.

A. — Principe d'égalité dans l'exercice du talion :

L'Islam a tout d'abord exigé la stricte égalité, dans l'exercice du talion(Kisas),entre la blessure faite et celle à faire, d'oû une restriction importante au droit de kisas qui, outre le changement signifcatif d'appellation de «vengeance» (الثأر) par «talion» (القصاص) doit être remplacé par la composition obligatoire dans tous les cas où cette égalité stricte ne pouvait être assurée (Hidaya IV,134). C'est ainsi qu'en cas de meurtre. le talion ne peut s'exercer entre l'homme et la femme, le libre et l'esclave, ainsi qu'entre esclaves de valeur différente (Kitab El-Kharaje p. 244). La rupture d'un membre ne peut donner lieu au talion que si elles est faite à un point d'articulation; c'est seulement dans ce cas qu'il est possible d'observer la stricte mesure. La rupture d'os ne donne pas lieu au talion, et pour la même raison. D'autres restrictions, dans le même esprit, restreignent le domaine du talion, et écartent le kisas pour lui substituer la composition obligatoire. Ces restrictions sont tellement nombreuses que l'auteur d'un excellent ouvrage sur le sujet, M. Emile Tyan, a pu dire: «Ces restrictions sont telles que la règle arrive à en être renversée, et que l'on peut dire que, sauf pour certains cas limitativement énumérés, le kisas est aboli pour les lésions corporelles». (Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman, Beyrouth, 1926, P. 100).

B. — Distinctions entre les délits intentionnels et les délits non-intentionnels:

Une autre innovation, de beaucoup plus importante et plus restrictive du droit de talion au profit du système de la composition obligatoire, est introduite par la distinction qu'on a faite entre le meurtre intentionnel et le meurtre non-intentionnel. C'est le premier seul qui est passible du talion; pour le second, la composition obligatoire est applicable. Avant l'Islam, les Arabes ne distinguaient pas entre les deux hypothèses; ils leur appliquaient invariablement le droit de vengeance privée (thâr), remplacée, s'il y

a lieu, Par la composition volontaire. Le Qoran établissait la distinction, et posait, en termes nets, le principe de composition obligatoire en cas de meurtre non-intentionnel: «Pourquoi un croyant tuerait-il un autre croyant, asuf si c'est involontairement? Celui qui en tuera un involontairment sera tenu d'affranchir un esclave croyant et payer à la famille du mort le prix du sang, à moins que la famille n'en fasse remise». On voit donc que pour le meurtre non-intentionnel il n'y a que la composition obligatoire, tandis que pour le meurtre intentionnel les héritiers ont le choix entre le talion et la composition.

Les auteurs ont profité de cette distinction pour restreindre davantage le domaine de l'exercice du talion, et ce. par différents moyens:

1) Ils ont premièrement étendu la distinction aux lésions corporelles autres que le meurtre. Toute lésion corporelle non-intentionnelle, meurter ou autre, est soumise au système de composition obligatoire.

2) Ils ont ensuite distingué entre le meurtre (et autres lésions) qui est incorporé dans l'acte même qui l'a causé (corpore et corpori), seul soumis au régime du talion, et le meurtre (et autres lésions) qui n'est que le résultat d'un acte posé par une personne, soumis celui-ci au régime de composition obligatoire.

3) Même dans le domaine du meurtre causé corpore et corpori, ils ont soustrait au régime du talion, pour les soumettre à celui de composition obligatoire, des cas de meurtre intentionnel, au moyen d'une distinction subtile entre le meurtre intentionnel, commis par des instruments qui sont de nature à entraîner la mort, et le meurtre quasi-intenionnel qui, bien que renfermant l'intention criminelle, n'est pas commis par de pareils instruments. Seule la première catégorie est passible du talion.

4) Comme conséquence logique du principe que l'intention criminelle est nécessaire pour l'application du talion, les auteurs ont soustrait les mineurs et les déments à ce régime, ainsi que ceux qui sont en état de légitime défense ou en état de contreinte. Dans toutes ces hypothèses c'est la composition obligatoire qui est applicable.

5) Enfin, les auteurs ont posé comme principe que le droit du talion est indivisible, et ils en ont déduit des conséquences importantes. En cas de pluralité des ayants-droit, si l'un d'entre eux a renoncé à son droit ou a transigé, les autres ne peuvent pas réclamer le talion, ils doivent se contenter de la compositoin. Pareillement, en cas de pluralité des co-auteurs, si l'un d'entre eux n'est pas soumis au régime du talion (un mineur par exemple), les autres, bien que passibles eux-mêmes du talion, sont soustraits à ce régime, et passent à celui de composition obligatoire.

Il est facile de constater que ces restrictions nombreuses au régime du talion, introduites par l'Islam, ont fait du régime de la composition obligatoire la régle, de celui du talion l'exception.

II. — Suppression de la solidarité familiale:

L'Islam a également supprimé presque complétement la solidarité familiale. Il a achevé cette suppression en cas de délits intentionels. Dans ces délits, si le talion est dû ou si le taion est remplacé pour une raison ou pour une autre par la composition, la peine est personnelle. C'est le coupable seul qui en supporte la charge. Cette innovation due à. l'Islam s'explique premiérement par l'origine historique du talion, la loi du talion chez les Juifs ayant toujours été individuelle, et ensuite par la conception fondamentale que. l'Islam s'est formé des formé des mérites et des peines. «Toute âme, on lit dans le Qoran, ne fait des oeuvres que pour son propre compte; aucune ne portera le fardeau d'une autre».

Et même pour le cas de délits non-intentionnels, où la composition est obligatoire, les auteurs sont arrivés jusqu'à supprimer prersque complétement la solidarité familiale par une série de limitations.

En premier lieu, la solidarité damiliale est écartée et la composition incomble exclusivement à la charge du coupable, lorsque cette compostion est due à la suite d'un aveu d'une sentence arbitrale, ou d'une transaction. La solidarité familiale n'est engagée que par le fait même du délit, sans intervention de la volonté du délinquant.

Ensuite, la solidarité familiale ne se trouve engagée qu'en présence de compositions fixes. Dans les cas où la composition doit être laissée à la libre appréciation du juge, le coupable seul en répond.

Enfin, même dans la limite de ces restrictions, la solidrité familale est confinée aux Arabes. Pour eux, la régle est traditionnelle. Pour les non-Arabes, le principe de la responsabilité. individuelle garde son efficaciré.

III. — Intervention du pouvoir public:

L'Islam a fait intervenir le pouvoir public dans la poursuite et le jugement du coupable, anisi que dans l'exécution même de la peine. Une sorte de police, appelée la Chourta était chargée de l'accusation publique; elle soutient l'aceuation contre les déllinquants, et fait la preuve de infraiins. Le juge examinera ensuite l'affaire appéciera la culpabilité de

l'accusé et prononcera son jugement en fixant la responsabilité de l'inculpé. Quant à l'exécution de la peine, bien que l'Arabie préislamique pratiquait le système la vengeance privéè, où l'individu offensé poursuit en personne l'exécution de cette vengeance, et bien que les juristes musulmans aient continué à affirmer que c'est la personne lésée qui exerce le talion (Kisâs), l'Etat et l'exercice du Kisâs. Le Kisâs est basé sur une stricte égalité; Etat seul peut assurer cette égalité égalite contre l'inexpériene ou la mauvaise foi de la victime, si l'on permet à cellec-ei de se faire justice à elle-mâme.

Bien que le pouvoir public joue un rôle prépondérant dans la poursuite et le jugement du coupable et dans l'exécution de la peine, il faut se garder de croire que les lésions corporelles sont considérées comme des délits publics dans le droit musulman. Elles ne sont pas non plus des délits civils. Elles occupent une place analogue à celle qu'occupaient en Droit Romain les délits privés. En effet la sanction de ces lésions est une peine privée, une place intermédiaire entre la peine publique et la réparation civile. On distingue entre les trois catégories de sanctions dans le système islamique. Cette distinction a comme base une autre distinction entre deux catégories de droit, le droit de Dieu (حق الله) et le droit de l'homme (حق العبد). La sanction du droit de l'homme est une peine privée ou une réparation civile. On donne comme définition du droit de Dieu que e'est une faculté dont dépend un bien n'appartenant à aucun d'une façon particulière; il est donc imputé à Dieu, comme signe de son importance et de sa généralité. Le droit de l'homme est une faculté dont dépend un intérêt particulier.

Pour déterminer les délits publics, on doit énumérer les peines publiques, les droits de Dieu. Ils sont au nombre de quatre: le Hadd, le Taazir (châtiment), le Kaffara (expiation) et la déchéance du droit successoral. Nous nous arrêtons aux deux premiers. Le Hadd est une peine fixe déterminée par la loi. Il y en a cinq: l'amputation de main en cas de vol, la lapidation (fustigation) en cas de fornication, en cas d'ivresse et en cas de diffamation, et l'amputation de main et de pied et crucifixion en cas de brigandage. A part ces délits nommés, le système islamique a laissé la porte ouverte pour d'autres délits publics. C'est tout le chapitre du châtiment public (Taazir), laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine. C'est un principe qui va à l'eneontre de la règle "nulle peine sans texte", principe qui est déjà entré dans la législation de certains pays

modernes. Tels sont les délits publics reconnus par le Droit Musulman. Les caractéristiques de la peine publique qui en est la sanction sont les suivantes: 1) elle n'est pas suscepliple de renonciation ou de compromis, 2) elle est intransmissible par voie de succession, activement et passivement, 3) en cas de pluralité de peines, le cumul n'est admis; 4) elle est réduite à moiteé, si la victime ou le coupable est un esclave.

Au délit public s'oppose le délit civil, qui consiste dans une atteinte à la propriété, et qui a pour sanction une réparation purement civile. Nous examinerons plus loin les règles du droit musulman concernant ces délits.

Dans une place intermédiaire entre le délit pulic et le délit civil, avons-nous dit, se trouve le délit privé. La sanction en est une peine privée qui participe du caractère de peine et de celui de réparation. Comme peine elle représente une pénalité que doit souffrir le coupable, et comme réparation c'est une indemnisation du tort causé. Elle a des caractéristiques opposées à celles de la peine publique: elle est susceptible de renonciation et de compromis, elle est transmissible par voie de succession, le cumul y est admis, et elle n'est pas réduite à la moitié en cas d'esclavage. Les peines privées sont au nombre de cing: le talion (Kisâs), le châtiment privé (Taazir), la composition (Dya), le fractionnement de la composition (Arch) et l'appréciation équitable du juge.

Le Talion est dû lorsque la stricte égalité entre la lésion corporelle subie par la victime et celle à être subie par le coupable peut être assurée. la principe en est établi dans le Qoran: "Nous avons prescrit: âme pour âme, oeil pour l'oeil, nez, oreille pour oreille, dent pour dent; les blessures seront punies par la loi du talion": Il est dû: 1) en cas de meurtre intentionnel; le talion est ici ou bien le droit de la victime recueilli par les héritiers dans la succession, ou bien le droit propre des héritiers d'après Abou Hanifa; il prend fin par la renonciation (pardon par la victime avant sa mort, ou par ses héritiers) et par la transaction sur une composition volontaire (Diyà); 2) en cas d'autre lésion corporelle intentionnelle; si la stricte égalité exigée peut être obtenue; ainsi oeil pour oeil, nez pour nez, etc.; le talion est également ici le droit de la victime; il prend fin par la renonciation et par la transaction.

Le châtiment privé est, comme le châtiment public laissé à la libre appréciation du juge quant à la détermination de l'acte punissable et quant à la fixation de la peine applicable. Il diffère du châtiment public en ce qu'il sanctionne une violation d'un droit privé (droit de l'homme) et non pas d'un droit public (droit de Dieu). Lorsqu'on sort du domaine des

lésions corporelles où, le talion, la compositión ou l'appréciation équitable du juge sont applicables, et lorsqu'on sort du domaine des atteintes à la propriété où la réparation civile (Daman ou garantie) est due, on se trouve en face de délits privés, tels que la séduction, la calomnie, la concurrence déloyale, etc., délits que le juge, dans sa haute appréciation, considère comme violation aux droits privés et non aux droits pulics et auxquels il applique un châtiment privé qu'il fixe lui-même et qui participe du caractère de peine et de celui de réparation cuvile.

La composition (Diyù est due: 1) en cas de meurtre non-intentionnel, elle est obligatoire et tombe à charge de toute la tribu du coupable (Akila) y compris le coupa ble lui-même; mais si la composition est due à la suite d'une transaction, d'un aveu fait par le coupable, ou d'un meurtre intentionnel dans lequel talion est remplecé par la composition facultative, c'est le coupable seul qui en supporte la charge; 2) en cas d'autre lésion corporelle non-intentionnelle, lorsque le talion serait dû, si la lésion était intentionnelle. La composition est très onéreuse; elle monte à cent chameaux, qui peuvent être remplacés par 200 boeufs, 1.000 brebis, 200 vêtements 1.000 dinars ou 10.000 dirhams.

La fractionnement de la composition (Arch) est une partie de Diyà due pour la perte d'une partie correspondante d'un organe Ainsi la moitié de Diyà est due pour la perte d'un seul oeil, le dixième pour la perte d'un doigt, etc.

L'appréciation équitable du juge intervient lorsque dans la lesion corporelle, intentionnelle ou non-intentionnelle, on ne peut pas comme c'est souvent le cas, assurer la stricte égalité entre la lésion causée et celle à faire. Le juge Fixerait alors la peine en exerçant son pouvoir discrétionnaire. On voit là une porte toute ouverte pour révolutionner tout le droit concernant les lésions corporelles dans le droit islamique en lui donnant un souffle nouveau.

Ayant ainsi précisé ce que c'est qwun délit privé dans le droit musulman, il nous reste à faire remarquer que dans le domaine des lésions corporelles (et autres délits sauf les atteintes à la propriété), où on applique une série de peines privées (le talion, le châtiment prive, la composition, l'Arch et l'appréciation équitable du juge) et en dépit de l'intervention de l'autorité publique dans la poursuite du délit et dans l'exécution de la peine, la confusion reste complète, dans le système islamique entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

DEUXIEME PARTIE

ATTEINTES A LA PROPRIETE

C'est dans le domaine des atteintes à la propriété que nous trouvons la distinction enrte la responsabilité pénale et la responsabilité civile nettement établie. Dans ce domaine nous l'avons déjà constaté, le système isla mique est beaucoup plus avancé. Ne rencontrant pas des entraves et ne se heurtant pas à des textes et à des traditions établies, les jurisconsultes musulmans ont donné libre essor à leur ingéniosité. Ils ont élaboré un système de responsabilité délictuelle aussi développé et aussi nuancé que celui que nous rencontrons dans le droit romain, et même dans les systèmes modernes les plus avancés.

Tout d'abord, les jurisconsultes musulmans ont distingué, non seulement entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, mais également entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Ils ont ensuite établi un système de responsabilité délictuelle à base de faute, prise dans les deux conceptions objective et subjective, avec son apanage, la théorie de l'abus des droits.

Nous allons examiner, très sommairement, la double distinction entre responsabilité pénale et civile, et entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Nous passons cnsuite à l'examcn des règles de responsabilité délicuelle.

1. — Une double distinction.

A) Responsabilité pénale et Responsabilité civile

On trouve la distinction nettement établie à propos d'un délit public, le vol. Les jurisconsultes discutent la question de savoir si, à côté de la sanction pénale, l'amputation de main du voleur, il n'existe pas également la sanction civile, la garantie (damân) par le voleur de la chose volée.

On est d'accord que le vol donne lieu à deux actions: 1) une action pénale, sanction de la violation du droit de Dieu, qui a pour objet le Hadd, l'amputation de la main du voleur; 2) une action civile, sanction de la violation du droit de l'homme. c'est-à-dire la victime du vol. Dans cette detnière action on est unanime à donner à la victime le droit de se faire restituer la chose volée, si elle existe en nature. Ên cas de perte, on discute la question de savoir si la victime a une action en garantie contre le

voleur. L'Ecole Chafiite se prononce dans le sens affirmatif, donnant ainsi à l'action civile toute son ampleur. (Voir El-Badai VII, pages 48 et 85).

La même distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile se trouve nettement posée dans d'autres délits. C'est ainsi que celui qui boit le vin d'un non-musulman (c'est-à-dire d'une personne pour laquelle le vin est investi de la patrimonialité) est soumis à deux actions, une action pénale de lapidation et une action civile de garantie. Le meurtre par imprudence donne également lieu à deux actions, action en expiation (كفارة) action pénale, et action en paiement de la composition qui remplace l'action civile. (Voir El-Badai VII, page 84).

On peut donc affirmer que les jurisconsultes musulmans, là où ils ont reconnu un délit public, ont nettement distingué entre l'action pénale et l'action civile, deux actions différentes sanctionnant deux droits différents, le droit de Dieu et le droit de l'homme, avec des carctéristiques diamétralement opposées.

B) Responsabilité Contractuelle et Responsabilité Délictuelle

Dans le système islamique on peut distinguer entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La distinction offre un intérêt pratique à de multiples points de vue:

1) Au point de vue de la preuve: Le créancier, dans la responsabilité contractuelle, n'a à prouver que le contrat. C'est au débiteur de prouver qu'il s'est déchargé de son obligation contractuelle, soit par l'exécution, soit pat tout autre mode d'extinction. Mais le créancier, dans la responsabilité délictuelle, doit prouver une faute à la charge de la personne responsable. C'est ainsi que les ayants-droit d'une personne tuée par la chute d'un pan de mur longeant la voie publique sont dans l'obligation, pour faire retenir la responsabilité du propriétaire du mur, de prouver premiérement que c'est bien par le faitv de la chute que la mort a eu lieu, et deuxiémement, que le propriétaire avait été constitué en faute par un avertissement préalable (Mabsout XXVI, 11).

2) Au point de vue de la capacité: La capacité eontractuelle exige la puberté. Les impubéres et les déments ne peuvent pas s'obliger contractuellement. Mais on peut se trouvr obligé délictuellement, même si le discernement fait défaut. Nous en allons voir des applieations.

3) Au point de vue de l'appréciation de faute: La faute contractuelle est appréciée plus rigoureusement que la faute délictuelle. Nous en donnons deux exemples:

a) Le dépositaire qui indique à une personne l'endroit où se trouve la chose remise en dépôt serait responsable du vol de cette chose que commettrait personne à qui les indications nécessaires ont été données (Fousoulain, II, 84); tandis que si un tiers avait donné ces indications,sa responsabilité ne serait pas engagée avec celle du volenr (Damanat, 203).

b) Alors qu'il y a contestation sur la responsabilité du tiers qui ouvre la porte d'une cage dont l'oiseau s'envole, cette responsabilité est admise unanimement, et sans égard aux circonstances du vol, au cas où ce tiers est le dépositatire de l'oiseau, car «il s'set obligé à la garde» de cet oiseau (Fousoulain II, 84).

4) Au point de vue des causes de jusification: Lorsqi'il s'agit de la responsabilité (qui résulté de memsaces qui agissent sur l'esprit, mais qui ne font pas craindre la d'emprisonnement) suffit pour vicier l'engagement; tandis que pour écarter la responsabilité délictuelle, la contrainte doit être compléte (/toute menace dirigée contre l avie humaine ou l'iintégrité du corps). On donne comme explication de cette différence que la valeur des engagements contractuels, découlant d'une reconnaissance du lien juridique par la loi même, celle-ci peut, quant à ces engagements, prendre en considération la contrainte dans la mesure ou elle l'entend; tandis que les faits délictuels existant matériellement, il faut une contrainte trés forte, faisant presque disparaître, personnalité du sujet; pour que la responsabilité de celui-ci puisse disparaître.

II. — Régles de la responsabilité délictuelle:

Passons maintenent à l'étude de la responsabilité délictuelle. A l'instar des systémes modernes, nous allons examiner, dans le systéme islamique, les trois conditions de responsabilité; la faute, le dommage et le lien de causalité.

A) La Faute

La notion de faute, en Droit Musulaman, constitue le point le pluse délicat et le plus original de la théorie de la responsabilité civile. Partis d'une conception purement objective, rudimentaire, les jurisconsultes musulmans sont arrivés, par des applications plus nuancées et plus

adaptées aux exigences rationnelles à une notion plus savante, moins primitive, et d'une subjectivité bien accusée.

Tout d'abord la notion objective a prévalu dans le domaine de ce qu'on appelle «ie dommage dircct», c'està-dire le dommage qui s'incorpore dans le fait même de l'acte, le dommage causé corpore et corpori du droit romain. Dans ce domaine aucun élément subjectif n'est exigé. Le fait même de l'acte dans lequel s'incorpore le dommage constitue la faute. A la différence du délit prévu par la loi Aquilia qui, lui aussi, consistait dans la destruction ou la dégradation matérielle d'une chose corporelle causée corpori c'est-à-dire par le corps, le contact même de l'auteur du délit, «le dommage direct» du droit musulman ne renferme aucun élément subjectif, aucune faute. fût-ce la plus légére, C'est ainsi que la personne dépourvue de discernement,un enfant ou un fou est responsable du dommage causé «directement» à autrui. On a retenu la responsabilité d'un nouveau-né qui tonbe au moment même de sa naissance sur un objet appartenant à autrui, et qui en cause la dégradation. comme une application extrême et curieuse de cette régle.

Au «dommage direct» les jurisconsultes musulmans ont opposé le «dommage conséquence» dommage qui ne s'incorpore dans l'acte même, mais qui est seulement la conséquence de l'acte. Voici un exrmple classique pour illustrer cette distinction: on coupe la corde à laquelle est suspendue une lampe; la lampe tombe et casse; le fait d'avoir coupé la corde conatitue le «dommage direct», tandis que le dommage le plus important, la perte de le lampe n'est qu'un dommage-conséquence. Dans le domaine du «dommage-conséquence» les jurisconsultes musulmana ne se contentènt pas pour retenir la responmusabilité, du fait de la réslisation du dommage, il faut, en plus, que l'acte qui a causé le dommage soit un acte un commis sans droit, un acte illicite. Pour justifier cette différence entre le «dommage direct» et le «dommageconséquence», on dit habituellement que l'acte qui a infligé un domage direct est une cause autonome du dommage, et par là même illicité; tandis que l'acte dont le dommage n'est que la couséquence n'est pas une cauae autonome, il lui faut donc un caractére d'illicéité pour engager la responsabilité.

Pourtant, les jurisconsultes musulmans, même dans le dommaine du «dommage-conséquence», s'étaient au début attachés à une conception également objective, Leur point de départ, comme l'a dit M. Tyan dans son rapport, a été moins un élément psychologique qu'une conception strictement juridique. Voici le principe qu'ils ont posé dans le domaine du

«dommage-conséquence»: l'auteur d'un acte qui produit des conséquences préjudiciables à autrui est responsable du préjudice à condition que son acte constitue un «ta'adi»: et le «ta' adi» c'est le fait d'accomplir un acte sans droit. Il ne s'agit pas d'un élément psychologique, d'une faute dans le sens du droit moderne, pour constituer le «ta' adi». il suffit que l'acte soit commis obiectivement sans droit. Nous en donnons deux exemples. Une personne qui, sans autorisation, ouvre un fossé ou creuse un puits dans la rue. est responable de la perte de l'animal qui vient y tomber et s'y.tuer, parce que cette personne a agi sans droit: si ce fossé avait été ouvert dans la Propriété de cette Personne ou avec l'autorisation de la Puissance Publique l'acte aurait été accompli avec droit et son auteur ne serait Pas responsable de ses conséquences dommageables. On ne cherche Pas s'il y a une faute commise. si l'agent du dommage a exercé l'acte incriminé en dehors des limites qu'observe un homme ayant une conduite et une intelligence moyenne; il n'y a qu'un seul critérium c'est celui de la licéité. Nous choisissons le deuxième excmple dans le domaine de ce qu'on appelle le «Chabs» ou usurpation, qui. avec Itlaf, c'est-à-dire la destrnction on la dégradation, constituent les deux applications fondamentales de la responsabilité délictuelle en droit musulman. L'usur pation c'est la détention illégale de la chose d'autrui Le fait même de posséder la chose d'autrui sans droit, même sans violence et même de bonne foi, est une usurpation. L'acte est illicite parce qu'il est commis sans droit. Nous venons maintenant à l'application annoncée. L'usurpatcur doit restituer au propriétaire la chose; il n'y a là qu'une application normale de l'action en revendication. Mais en supposant qu'un possesseur de bonne foi de la chose d'autrui,une personne qui détient cette chose sans droit, et en supposant la perte de cette chose entre ses mains, même à la suite d'une cas fortuit ou d'ine force majeure, il est néanmoins responsable de remettre au propriétaire l'équivalent de la chose. Sa bonne foi et le fait que la perte est due à une force majeure, c'est-à-dire l'absence complète d'une faute de sa part, ne purge point le caractère illicite de son acte, l'état objectif où il se trouve comme possesseur sans droit de la chose d'autrui.

Dans les deux domaines du «dommage direct» et du «dommage-conséquence», les jurisconsltes musulmans se sont donc attachés à une conception puremeent objective. Mais nous allons voir maintenant que le domaine du «dommage direct» sera laissé intact, tandis que l'ingéniosité des jurisconsultes va s'exereer sur la conception du «ta'adi» dans le domaine du «dommageconséquence». D'une notion purement objective, ils

vont arriver graduellement à une notion de plus en subjective. ils vont nuancer le sens du mot «ta'adi» pour arriver à une notion conforme à celle de faute du droit moderne, Le ta'adi qui était auparavant un acte illicite sans négligence, deviendra désormais un acte illicite par négligence, et même acte illicite par exercice abusif du droit. On serait donc responsable lorsqu'on commet un acte illicite, c'est-à-dire:

1) Lorsqu'on excède son droit, même sans négligence;
2) Lorsqu'on excède son droit avec neglience;
3) Lorsqu'on n'excéde pas son droit, mais on en abuse.

Nous avons déjà examiné la première hpypothèse. Il nous reste à suivre le développement du système islamique dans les dernières hypothèse: excès du droit avec négligence et abus du droit.

Excés du droit avec négligence: Ici on passe de la conception objective avec à la conception subjective. La négligence, un état psychologique, est une base de responsabilité. Mais cette responsabilité subjective à un double critérium, objectif et subjectif.

La négligence est démontrée par un criterium exté rieur et objeetif, lorsqu'on suit une ligne de conduite qui n'est pas ordinaire. On répand, surla voie publique, de l'eau d'une Fa,con excessive qui dépasse les limites, ce qui provoque la glissade et la blessure d'un passant. On allume un feu comme il n'est pas d'habitude d'allumer. Par application de ce principe, le professionnel n'est responsable que s'il s'est écarté des règles habituelles de son art.

Du critérium objdectif on passe au critérium subjectif. On est fautif lorsqu'on n'a pas fait ce qu'on aurait dû faire lorsqu'il était possible à l'auteur du dommage de l'éviter. Un indivdu conduit une caravane, un des chameaux écrase un passant, le conducteur est responsable. «parce qu'il était de son devoir de veiller à la marche de la caravane. qu'il lui était possible d'éviter l'accident et qu'en conséquence. il a été motâadi par négligence». Un forgeron allume le feu dont une flamme atteint un passant dans la rue:.le forgeron ne sera responsable que s'uil avait placé le feu au bord de sa boutique en un piont tel qu'il pouvait savoir que ce feu pouvait atteindre quelque chose se trouvant dans la rue». (Hamidiyya. VI.42). Inutile d'ajouter que l'intention de nuire, suprême subjectivté. passe sous le nom de tâamoud, à côté de tâadi. comme base de responsabilité.

Abus du droit. — Le droit musulman connaît la théorie de l'abus des droits sous ses deux formes. objective et subjective. Sous sa forme objective. la théorie se résume dans la formule suivante: l'exercice par un individu de son droit engage la responsabilité de celui-ci. s'il en résulte un préiudice excessif et anormal à autrui. Ainsi il ya un abus de droit dans le cas d'un propriétaire qui fait de sa maison un bain public dont les fumées gênent considérablement les voisins (Bazzaziyya VI,415). De même le voisin qui éleverait si haut et d'une facon si contigue le mur de sa maison, de telle sorte que la lucarne, la seule, par laquelle pénètre la lumuère dans la boutique d'un tisserand se trouve bouchée, serait obligé à démolir la partie du mur qui entrave la lumière (Hamidiyya II, 265). Est considérée comme préjudice excessif et anormal le fait d'avoir une vue sur les lieux de réunion des femmes du voisin.

Sous une forme subjective, la théorie établit la responsabilité de celui qui, dans l'exercice de son droit, est inspiré par l'intention de nuire. Au cas d'une plainte adressée à une autorité contre un individu, si celui qui a rapporté les faits a parlé mensongèarement ou, si même ayant dit la vérité, il ne visait pas à faire cesser un prejudice actuel ou à écarter un préjudice menaçant, sa responsabilité se trouve engagée (Damanât 155, Fousulain, I,79). Il n'est même pas nécessaire qu'on soit inspiré par l'intention de nuire. Il suffit qu'on agisse sans intérêt personnel et légitime tout en portant préjudice à autrui. Une personne trouve, dans sa maison, un vêtement appartenant à autrui; si elle le jette à la rue, et qu'ainsi le vêtement s'abîme, sa responsabilité serait engagée.

présmption de faute — Avant de terminer l'examen de la question de faute,il importe de signaler que le droit musulman ignore presque complètement la présomption de faute. Le maître n'est responsable du fait de son préposé, le père de son enfant, qu'en vertu d'un ordre exprès et particulier (ordre valable et juste) donné par un supérieur à son subordonné. On pourrait en trouver la justifiction plutôt dans la théorie de la contrainte que dans celle de la faute présumée.

Quant à la responsabilité du fait des animaux un principe bien connu est ainsi résumé: «Le délit de la bête ne comporte pas de réparation جناية العجماء جبار ».
Le détenteur d'un animal n'est responsable qu'en vertu d'une faute caractérisée à sa charge, ne serait-ce qu'une faute négative, une simple abstention fautive. «Si le propriétaire de l'animal, établit l'art. 929 du Méjellé, le voyait alors qu'il détruisait le bien d'autrui, et s'il ne l'a pas

empêché, il engagerait sa responsabilité». Voir également Art. 930,931,932,934 du Méjella et p.15 du rapport Goadby). l'Ecole Chafiite est jusqu'a établir une sorte de présomption de faute dans certains cas. «La garde de l'animal, lit-on dans Wagiz 11, 113, pendant la nuit est à la charge de son msître Il y a là une présomption de faute contre lui. Il devait garder l'animal, le mettre dans l'impossibilité de s'évader, de causer un préjudice. L'animal s'est évadé, et il a causé un préjudice. C'est donc que son propriétaire n'a pas bien rempli son obligation de garde».

Reste la responsabilité du fait des choses. Les juristes musulmans maintiennent ici comme ailleurs le principe que la responsabilité ne saurait être engagée que par un fait émanant de l'activité directe de l'homme. Il n'y a pas de la part du propriétaire (dont le mur tombe) un fait positif qui soit la cause dircte ou indirecte du dommage» (Bahr, VIII, 353). Au cas d'un objet mobilier qui tombe d'un mur sur lequel le propriétaire l'avait placé on dit encore «qu'il l'avait placé dans sa propriété. Il n'a donc commis aucun tâadi, aucun acte illicite». (Bahr, VIII, 353). Dans ce domaine l'Ecole Chafiite a appliqué le principe dans toute sa rigueur. C'est le tour de l'Ecole Hanifite de s'y montrer plus large, un peu plus favorable au systéme de faute présumée.D'une façon generale, elle admet la responsabilité du propriétaire du mur qui se trouve, par un vice de construction ou par le fait qu'il penche sur la propriété d'autrui, dans un état dangereux: et encore le propriétaire ne répond du dommage causé par sa construction dangereuse que s'il avait été l'objet d'un avertissement préalable, à moins que ce propriétaire ne se trouve dans un état de tâadi, comme par exemple si l'édifice déborde sur la propriété d'autrui par activité personnelle du propriétaire lui-même, auquel cas l'avertissement préalable n'est plus nécessaire.

B. — Le Dommage

La deuxième condition nécessaire pour la réalisation de la responsabilité délictuelle est le dommage. Les jurisconsultes musulmans, pour retenir la responsabilité, exigent que l'acte fautif ait causé un dommage réel. Une personne qui égorge la brebis d'autrui, mais parvient à prouver que la brebis était sur le point de mourir lorsqu'il l'a tuée, n'est pas responsable. On a brisé une pièce de fausse monnaie, on ne devra aucune réparation, aucun préjudice n'ayant pu résulter de cet acte.

On est tenu de réparer l'intégralité du dommage direct; celui qui égorge le petit d'une brebis sera responsable, non seulement du fait de la perte du

petit, mais aussi du desséchement du lait de la mère (Foussoulain, II, 87). Le calomniateur sera responsable de la mort de l'individu qu'il a calomnié auprès du Prince, non seulement pour la peine que ce dernier lui aurait imposé, mais aussi pour la mort qu'il aurait trouvé en voulant échapper à la tyrannie du Prince, en faisant une chute dans sa fuite (Rad V, 186).

Seul le dommage matériel peut motiver une réparation; le dommage moral ne saurait engager la responsabilité civile. Une injure, même causant une douleur à l'âme de l'injurié, ne saurait donner lieu à une undemnisation quelconque (Bahr, VIII, 340, Mabsout XXVI, 81):

(لو شتمه شتما يؤذ نفسه لا يضمن شيئا)

En principe, la réparation doit être en nature; mais en cas d'impossibilité, d'une réparation en nature, on a recours à des domanages-intérêts. «Si la chose endommagée ou elle est une chose fongible, on en doit une pareille; si elle est non-fongible, on en dout le prix» (Badayé, VII, 168).

Pour la fixation des, dommages-intérêts en dépit d'une certaine tendance à adopter des régles fixes et rigides, Abou Youssef, n'admet pas cette reigidité, et il est d'avis qu'il y a lieu à appréciation équitable du préjudice subi (Hindiyya, VI, 54). La contrainte par corps est admise en droit musulman en matiére civile. Il n'y a pas de responsabilité solidaire entre les co-auteurs d'un même dommage (Ilidaya, IV, 164).

C. — La lien de causalité

Notion objective du lien de causalité: Les jurisconsultes musulmaus se sont fait une conception trop étroute du lien de causalité. Ils ont posé en principe que le dommage doit être exclusivement la conséquence de l'acte incriminé. Si, entre le fait initial et le dommage, il s'interpose une conséquence qui contribue à consommer le préjudice, il n'y aura pas lieu à responsabilité. Ce principe a été quelquefois appliqué avec une rigueur excessive. C'est ainsi qu'une personne qui lâche un animal dans la rue publique n'est pas responsable si l'animal, aprés avoir marché dans le sens où il avait été poussé, s'arrête un instant, puis se dirige dans un autre sens et y cause un dommage; car le fait de la personne a cessé par l'arrêt de l,animal, et le dommage causé par la suite n'est pas l'effet dé l'acte de la personne, mais celui de lactivité propre de l'animal (Fousulain II, 84). On a même soutenu qu'une personne, ouvrant la cage d'un oiseau et le laissant s'envoler, n'est pas responsable, car, indépendamment du fait de l'homme,

il y a eu le fait de l'ànimal qui s'est échappé «de son propre gré, de sa propre volonté» (Fousoulain, II, 85).

Le principe a été consacré par le Mejellé dans son article 90 anisi conçu: «Lorsqu'il existe en même temps un agent direct, cest-à-dire, celui qui a commis personnellement un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier seul est responsable».

اذا اجتمع المباشر المتسبب يضاف الحكم إلى المباشر

On lit la confirmation du principe dans le Wagiz, II, 91: «Toutes les fois qu'il y a concurs de deux causes différentes, la premiére (causa proxima) prime la seconde (causa remota)». C'est ainsi que la personne qui creuse un puits dans la voie publique n'est pas responsable, si une autre pàersonne place au bord de ce puits une pierre contre laquelle un passant bute et tombe dans le puits où il trouve la mort; c'est la dernière personne qui sera exclusivement responsable (Bahr, VIII, 349).

Brèches faites ou principe. — A cette conception étroite, on n'a pas tardé à faire des brèches. C'est ainsi que les auteurs musulmans sont arrivés à admettre que pour l'exonération de l'auteur de la causa, remota il faut que l'acte qu'il a posé ne soit pas de nature à pouvoir causer le dommage de par lui seul; autrement les auteurs de la causa remota et de la causa proxima seront, tous deux, tenus pour responsables.

ان المتسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا
كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف . أما إذا كان السبب يعمل بانفراد فيشتركان
(الرد ٥ - ٥٣٢)

Un cheval monté par une personne et conduit par une autre écrase un passant; le conducteur, considéré comme auteur de la causa remota, est aussi responsable que le cavalier, l'auteur de la causa proxima.

Une seconde restriction: la responsabilité de l'auteur de la causa est écartée en retenant exclusivement celle de l'auteur de la causa remota, dans le cas où l'acte du premier a été tout à fait involontaire ou commandé par une force majeure. Celui qui, précipité dans un puits ouvert sans droit dans la voie publique, tombe sur une personne qui se trouvait déjà dans ce puits et cause ainsi sa mort, n'est pas responsable; sera seul responsable celui qui a creusé le puits.

Enfin on est arrivé à retrnir la responsabilité de l'auteur de la causa remota au cas où la causa proxima ne peut être attribuée à une personne responsable. Ainsi, si l'on n'arrive pas à connaître la personne qui a placé la pierre prés du fossé, on remontera à la personne qui a creusé le fossé pour l'obliger à réparer le préjudice causé à celui qui a buté contre la pierre et est tombé dans le puits.

C'est ainsi que la notion de causalité s'est assouplie peu à peu et s'est écartée de l'orientation strictement objective. on a déjà vu qu'on est allé jusqu'à admettre qu'une personne qui accuse faussement une autre est responsable des conséquences dommageables de cette fausse accusation, comme par exemple si l'accusé est mis au supplice, ou si en cherchant à s'enfuir et en sautant d'une terrasse, il tombe et se tue (Fousoulain, II, 79).

Causes exconeration — La responsabilité est écartée, si le dommage est arrivé à la suite d'un événement irrésistible: force majeure, cas fortuit ou le fait d'un tiers.

Un enfant, enlevé à la garde de ses parents par un individu, meurt entre les mains de ce dernier par suite d'un coup de foudre qui l'a atteint, le ravisseur ne sera pas responsable (Badayé, VII, 166).

Un cheval s'emballe dans la voie publique et cause la mort d'un passant. Le cavalier ne sera pas tenu pour responsable de cette mort si le mouvement du cheval a été tellement fort et impétueux qu'il n'a plus été possible de le retenir (Damanat, 166).

Un passant est blessé par le coup de pied d'un cheval conduit par une personne, mais le mouvement de l'animal n'a pas été normal; il a été provoqué par une piqûre faite par un tiers. Celui-ci seul sera responsable. (Mabsout, XXVII, 2).

Causes de justification — La légitime défense est une cause justificative. celui qui, attaqué avec une arme, le jour ou la nuit, tue son agresseur, ou lui cause un dommage moindre, n'est pas responsable; «l'agresseur a luimême annulé son sang. il y a nécessité, la nécessité d'éviter le mal» (Hidaya IV 133). Une femme se voyant l'objet d'une tentative de viol ne trouve d'autre moyen de repousser l'agresseur que de le tuer. La femme n'aura pas à répondre de cette mort, parce qu'elle n'a pu faire autrement pour se preserver (Damanat, 166).

L'état de nécessité n'est pas une cause justificative. L'article 33 du Méjellé établit que: «La nécessité n'anéanit pas le droit d'autrui. Ainsi l'affamé qui, sur le point de mourir, s'empare de la nourriture d'autrui, en devra le prix.» L'art. 919 du Méjellé ajoute: «Le propriétaire qui démolit la maison de son voisin et évite que l'incendie allume dans le quartier ne se communique à sa propre maison, doit à son voisin des dommages-intérêts. Mais si l'état de nécessité résulté d'une contrainte complète (menace qui fait craindre la perte de la vie ou d'une partie du corps), il devient une cause justificaative.

L'ordre de l'autorité légitime écarte la responsabilité. Celui qui ouvre un puits dans la voie publique sur l'ordre de l'autorité légitime, ou même avec sa simple permission, n'a pas à répondre des conséquences dommageables de son acte (Khanyya, III, 207; Badaye, VII, 277).

Le consentement préalable du lésé écarte également la responsabilité, car si l'on oblige l'auteur du préjudice au paiement des dommages-intérêts, il aurait le droit de recourir contre le lésé qui avait autorisé le préjudice; c'est donc pour éviter une sorte de circuit d'actions que cette règle a été posée.

إذا أتلف مال الانسان باذنه لا يجب الضمان لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة ، بل لعدم الفائدة لأنه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمنه فلا يفيد (البدائع ٧ ـ ١٦٨) .

•

CONCLUSION

Nous avons parcouru les principes fondamentaux de la responsabilité civile et pénale dans le droit musulman. Il nous reste d'en tirer quelques conclusions.

1) Il est à remarquer que la tendance objective est prépondérante dans le système islamique. Nous avons vu que cette tendance est très accusée dans toute la théorie de la responsabilité à cause de lésions corporelles. La même tendance plane également sur le domaine de la responsabilité à cause des atteintes à la propriété. Tout dommage direct, causé corpore corpori, est complètement envisagé sous l'angle obiectif. La notion de faute, celle de dommage, celle du lien de causalité. la théorie de l'abus des droits, sont toutes imbues d'objectivité.

Cette tendance objective prépondérante facilite singulièrement, il est vrai, l'admission des théories objectives modernes, telles que la théorie des risques et celle de responsabilité des personnes dépourvues de discernement, dans le cadre du droit musulman.

Pourtant, la tendance subjective n'a pas tardé à paraître, et à s'accentuer graduellement sur bien des terrains où on n'admettait auparavant qu'un point de vue objectif. C'est ainsi que la notion de faute et celle du lien de causalité ont sensiblement évolué dans un sens subjectif.

2) Le système islamique, tel que je l'ai exposé, contient en lui-même les germes de son évolution. Il n'est pas difficile, dans ce système, de faire une ligne de démarcation entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. En ce qui concerne la responsabilité pénale, nous avons vu comment le système islamique considère certains actes comme délits publics, avec des peines fixées par la loi (les Hadds), mais avec des conditions de preuve très difficiles à satisfaire. Si l'on mettait de côté ces délits, étant donné la difficulté excessive de preuve, le champ resterait libre pour l'élaboration d'un système pénal moderne dans le droit musulman, en se servant de la théorie du châtiment public (التعزير فى حق الله)
Le législateur, dans les difféfents pays musulmans, pourrait, sans sortir du cadre de cette théorie, incriminer au préalable certains actes déterminés et leur fixer des peines. Il pourrait, même au besoin, laisser ce soin au juge dans une certaine mesure.

3) En ce qui concerne la responsabilité civile, le système islamique est bien avancé dans le domaine des atteintes à la propriété. Les jurisconsultes musulmans sont arrivés dans le développement de leur conception de faute, sous ses deux formes objective et subjective, à un degré de perfectionnement tel qu'on ne saurait envier les systémes modernes. C'est dans le domaine des lésions corporelles que le développement du droit musulman est encore arrêté. Mais nous avons la clef qui ouvre la voie. à l'evolution nécessaire dans «l'appréciation équitable du juge». Si l'on écarte les cas où le talion ou la composition est dû, et ce sont des cas assez rares comme nous venons de voir, nous nous trouvons en face des lésions corporelles où le juge est laissé à sa libre appréciation pour déterminer la sanction due. Le chemin est donc libre pour l'élaboration d'un système de responsabilté civile avec toutes ses modalités, d'autant plus qu'en dehors des deux domaines des lésions corporelles et des atteintes à la propriété. la théorie du châtiment privé, qui correspond à celle du châtiment

public, facilite la tâche du juge dans l'elaboration d'un tel système, à condition qu'on décompose cette peine privée en ses deux éléments: la sanction pénale et la sanction civile.

Il est donc possible de faire continuer l'évolution du système islamique, dans le domaine de la responsabilité, au moyen de trois principes fondamentaux : la théorie du châtiment public, qui servira come une pierre d'assise pour l'élaboration d'un code pénal moderne, la théorie du châtiment privé et celle de l'appréciation équitable du juge, qui formeront le point de départ d'un système de responsabilité civile conforme aux besoins actuels de la vie.

فهرس

الموضوع	رقم الصفحة

تقدير ووفاء ٣

فهرس مقالات الدكتور السنهورى ٥

الدين والدولة في الاسلام ٩

تطور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية ١٩

تقرير عن المؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى فى اجتماعة الأول سنة ١٩٣٢ .... ٢٣

فقرات مقتبسة ٣١

الامبراطورية الغربية التى تبشر بها ٣٣

بيان الدكتور السنهورى ٣٣

نبى المسلمين والعرب ٣٧

وجوب تنقيح القانون المدنى المصرى ٤١

وجوب مراجعة القانون المدنى المصرى ٤٨

أولا : عيوب التقنين المدنى المصرى ٥١

عيوب التقنين المدنى من حيث الشكل ٦٧

ثانيا : تقديم التشريعات الحديثة ٧٧

أ - القانون الألمانى ٧٨

ب - القانون السويسرى ٨٢

جـ - المشروع الفرنسى الايطالى ٨٧

أولا : الأسس التى تبنى عليا التنقيح من حيث الشكل ٩٧

الشريعة الاسلامية ١٤١

مشروع تنقيح القانون المدنى ١٦٩

١ - المصادر التى استند اليها المشروع ١٧٣

٢ - نظرة عامة في المشروع ١٨١

محاضرة عن واجبنا القانونى بعد المعاهدة ١٧٨

٣ - واجبنا نحو المحاماة ١٩٣

٤ - واجبنا نحو الفقه ودراسة القانون ١٩٥

مقدمة كتاب الامتيازات الأجنبية ٢٠١

مقدمة الكتاب ٢٠٣

أولا - التشريع ٢١٤

الموضوع	رقم الصفحة
القسم الثاني: التشريعات الأخرى غير التشريع	٢٢١
القسم الثالث: التشريع الخاص بتشكيل المحاكم المختلطة وتحديد	٢٢٧
اختصاصها	٢٢٧
ثالثا : الادارة	٢٤٧
كلمة ختامية	٢٥٥
مجلة القضاء فى عهدها الجديد	٢٥٩
كتاب مرفوع إلى فخامة رئيس لجنة تحضير القانون المدنى العراقى ..	٢٦٥
من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى	٢٦٩
كلمة موجزة عن تاريخ التقنين المدنى بوجه عام منذ القرن التاسع عشر	٢٧١
إلى اليوم	
أولا ـ التقنينات اللاتينية	٢٧٣
أ ـ تقنين نابليون	٢٧٣
* التقنين اللبنانى	٢٨٤
التقنين المدنى فى بلاد الشرق العربى	٢٨٦
ب ـ المشروع الفرنسى الايطالى	٢٨٧
الصياغة التشريعية للمشروع الفرنسى الايطالى وترتيبه	٢٨٨
ثانيا ـ التقنينات الجرمانية	٢٩٤
أ ـ التقنين النمساوى	٢٩٤
ب ـ التقنين السويسرى	٢٩٧
جـ ـ التقنين الألمانى	٣٠٠
ثالثا ـ التقنينات الأخرى الحديثة التى ظهرت فى القرن العشرين	٣٠٤
أ ـ التقنين السوفيتى	٣٠٥
ب ـ التقنين البولونى	٣٠٨
التقنين المدنى فى العراق	٣١٠
أولا ـ الشكل والصياغة	٣١٣
ثانيا ـ المادة والموضوع	٣١٧
أولا : الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق	٣١٩
ثانيا : على أى وجه يأخذ العراق تقنينه الجديد من الشريعة الاسلامية	٣٢٤
التعاون الثقافى والتشريعى	٣٢٧
١ ـ التعاون الثقافى قبل إنشاء الجامعة العربية	٣٢٧
٢ ـ التعاون الثقافى فى نصوص ميثاق جامعة الدول العربية	٣٢٩
٣ ـ المعاهدة الثقافية	٣٣١
٤ ـ لجنة التعاون الثقافى	٣٣٣

الموضوع	رقم الصفحة
تقديم بقلم الدكتور عبد الرزاق السنهوري	٣٣٧
مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ...	٣٦٩
القسم الأول	٣٧٥
مخالفة التشريع للدستور	٣٧٥
١ - الاختصاص	٣٨٤
الأحكام العرفية	٣٨٤
اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الادارة المستقلة	٣٨٧
الشكل	٣٩٥
المحل	٤٠٢
أولا مبدأ الفصل بين السلطات	٤٠٢
النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة	٤١٥
نصوص الدستور التى وردته فى غير الحريات والحقوق العامة والتى ترسم للمشرع سلطة محددة	٤١٩
القسم الثانى	٤٢٣
الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية	٤٢٣
منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية	٤٢٨
معيار الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية	٤٢٩
الفرض الأول- الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيار موضوعيا	٤٣٢
الفرض الثانى- مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذى رسم له	٤٣٣
الفرض الثالث - كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية	٤٣٧
الفرض الرابع- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها فى غير ضرورة أو من غير تعويض	٤٤١
الفرض الخامس- مخالفة التشريع لمبادىء الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه (نظرية القانو الأعلى)	٤٥٣
أهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية	٤٧١
اثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية والجزاء الذى يترتب على الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية	٤٧٥
تصدير	٤٧٩
القانون المدنى العربى	٤٨٥
الماضى	٤٨٧

الموضوع	رقم الصفحة

القانون المدني العراقي الجديد ٤٩٧

المستقبل ٥٠١

نظرة في الفقه الاسلامي ٥٠٣

الغاية من دراسة الفقه الاسلامي ٥٠٦

La Responsabilité Délictuuelle dans le Droit Egyptien ٥١١

L'UNIVERSITE EGYPTIENNE ٥٢٥

Extrait du Commpte-Rendu des Dilibérations De La Section ٥٣٣

LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE ٥٤٩

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعى
المدير العام
البرنس حموده حسين عمر

(مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠/١٠٥١)

UNIVERSITE DU CAIRE
Faculte de Droit

Articles et Recherches

Par

Prof. Abd El Razzak El Sanhowry

(I)

Edition Speciale

REVUE AL QANOUN WAL IQTISAD